

MATERIAL COMPLEMENTAR

ATUALIDADES

* Para citação desse trabalho: VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Direito Penal: fundamentos preliminares e parte geral (arts. 1º a 120)*. V. I. Material Complementar de Atualidades. Salvador: Juspodivm, 2018.

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E DUPLA FACE DA PROPORCIONALIDADE

1. RELAÇÕES DO DIREITO PENAL COM OUTROS RAMOS JURÍDICOS

A divisão do Direito em ramos se destina meramente a sua melhor compreensão didática, científica e metodológica. Vejamos a relação do Direito Penal com os outros segmentos jurídicos.

1.1. Direito Processual Penal

Com a prática de uma infração penal, nasce para o Estado o Direito de punir, também chamado de **pretensão punitiva**, **Direito Penal subjetivo** ou “*jus puniendi*”. Destarte, o direito de punir é de titularidade exclusiva do Estado.

Para se chegar à punição do acusado, há de se instaurar uma persecução criminal para apuração do delito e de sua autoria¹. Do latim “*persecutio*” (“perseguir”, “seguir sem parar”), “persecução criminal” significa “perseguir o crime”, ou seja, “investigá-lo para puni-lo”.

A persecução criminal compõe-se de duas fases:

- a primeira é a **investigação criminal ou preliminar**, geralmente feita por inquérito policial, presidido pelo delegado de polícia, no qual não incide o contrário ou a ampla defesa;
- e a segunda é a fase do **processo** ou da **instrução criminal**, pois instruída pelo juiz, na qual já existe uma acusação por parte do Ministério Público contra o infrator, de modo que pode o acusado exercer o contraditório e a ampla defesa para provar o contrário por meio de seu defensor legalmente constituído.

Certo é que o processo constitui-se em garantia às partes que dele participam – leia-se, juiz, acusação e defesa -, com vistas a evitar arbitrariedades do Estado na apuração de toda e qualquer infração penal, por força do princípio do devido processo

1. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 2007, p. 06.

legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal². Segue-se, neste ponto, o seguinte adágio: não há pena sem processo (*"nulla poena sine iudicio"*).

À luz do Estado Democrático de Direito, o processo penal é o único instrumento apto a privar a liberdade e os bens do réu pela prática de uma comprovada infração penal.

Destaca-se que o devido processo legal (*"due process of law"*) é uma garantia secular, pois conquistada pelo homem ao longo da história, tendo como origem a *Magna Charta Libertatum*, também conhecida como Magna Carta do *"Rei João Sem Terra"*, de 1215, documento emblemático na proteção de direitos e garantias individuais.

Em conclusão, o processo penal apresenta o seguinte conceito: é o instrumento de concretização e efetivação das leis e garantias penais, por força dos princípios do devido processo legal e do estado (*"presunção"*) de inocência.

Logo, o processo é o instrumento adequado para o exercício da jurisdição penal. Ou seja, é por meio do processo que o juiz tem o poder e o dever de aplicar a lei penal no caso concreto, viabilizando o direito de punir.

1.1.1. Estado de Inocência: Breves Considerações

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra. Prevalece, assim, que a inocência não é uma presunção, mas um estado (*"status"*) inerente ao indivíduo submetido à instrução criminal, até que se prove o contrário. De acordo com o sentido expreso originariamente na Constituição, o réu somente pode ser considerado culpado e, conseqüentemente, perder o seu estado de inocência, a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no que só então lança-se seu nome no rol dos culpados – a despeito das recentes decisões que reconhecem a possibilidade de execução provisória da pena.

Logo, não é adequado nos referirmos à *"presunção"* de inocência, mas ao princípio do estado de inocência ou da não-culpabilidade, consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

1.2. Direito Constitucional

O Código Penal e as legislações penais extravagantes ou especiais devem guardar compatibilidade com o Texto Constitucional, seja na perspectiva material seja na processual.

2. "Art. 5º, LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Nessa senda, as regras e princípios da Constituição conferem legitimidade, ou seja, fundamento e validade ao Direito Penal.

No aporte de Roxin, despontam os princípios constitucionais como restrições ao legislador no campo do Direito Penal. Na perspectiva da política criminal, o conceito de bem jurídico deve se vincular à Lei Fundamental. A liberdade do indivíduo é a viga-mestra do Estado de Direito, de modo que os princípios constitucionais penais servem para delimitar a pretensão punitiva estatal³.

À luz da Constituição brasileira de 1988, vislumbra-se uma verdadeira “**Constituição Penal**” em direitos fundamentais, consubstanciada no princípio da dupla face da proporcionalidade, sob o fundamento de que se proíbe, de um lado, a proteção insuficiente e, de outro, a proteção em excesso⁴.

Logo, deve o legislador atender aos mandados constitucionais de criminalização, sob o risco de a proteção penal ser inócua ou até mesmo excessiva.

1.2.1. *Modelo Constitucional de Direito Penal*

A Constituição brasileira de 1988 consagra um modelo constitucional de Direito Penal, composto de um sistema de garantias materiais e da proteção de bens jurídicos de dignidade penal, sejam individuais sejam supraindividuais.

Assim, desempenha o Direito Penal uma função de complementar à Lei Fundamental, de sorte que cabe ao legislador penal salvaguardar os respectivos bens jurídicos. Podem ser citados os seguintes exemplos:

- a vida é prevista na Constituição como um dos valores de maior importância ao homem, de modo que coube ao legislador penal tipificar o homicídio;
- e a honra possui “status” constitucional, razão pela qual o legislador penal, para protegê-la, tipificou as condutas atentatórias à honra (calúnia, difamação e injúria).

Com a evolução dos direitos fundamentais, a tendência do Direito Penal brasileiro é a de se tornar mais compatível com os tratados internacionais, com a Constituição e, acima de tudo, com a dignidade humana, seguindo as dimensões dos direitos fundamentais e o **princípio da proibição ao retrocesso (efeito “cliquet”)**.

3. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos, La estructura de La teoria do delito*. Tomo I, p. 55.

4. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: Constituição Penal*, 2012, p. 58-86.

1.2.2. Constituição Penal e Direitos Fundamentais

Preconiza a Constituição brasileira de 1988 mandados e proibições de proteção penal dos direitos fundamentais. Destarte, existe uma relação axiológico-normativa entre a Lei Fundamental e o Direito Penal, identificada sob três prismas:

- intervenção penal constitucionalmente **proibida**;
- intervenção penal constitucionalmente **possível**;
- intervenção penal constitucionalmente **obrigatória**.

Na intervenção penal constitucionalmente proibida, funciona a *Carta Matter* como fonte material do Direito Penal, estabelecendo barreiras na criminalização de condutas.

Já na intervenção penal constitucionalmente possível, a Constituição é fonte valorativa do Direito Penal, quer dizer, há um paradigma na seleção dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados pelo legislador ordinário.

Na intervenção penal constitucionalmente obrigatória, a *Lex Legum* é um fundamento do Direito Penal, determinando as hipóteses nas quais deve ocorrer a criminalização de condutas como forma de proteção dos direitos fundamentais. *In casu*, o legislador tem o compromisso de atuar por força dos mandados constitucionais de criminalização, também denominados ordens ou mandamentos de criminalização ou de penalização.

Exsurgem, assim, os parâmetros de uma Constituição Penal, que se dedica à proteção dos direitos fundamentais, pautando-se na dupla face da proporcionalidade: ora estabelece a proibição de proteção – identificada doutrinariamente pelo princípio da proibição de excesso (garantismo negativo ou *Übermassverbot*) –, ora determina o imperativo de tutela – também representado na doutrina pelo princípio da proibição deficiente (garantismo positivo ou *Utermassverbot*).

O Direito Penal, nesse sentido, é um instrumento essencial à proteção dos bens e direitos fundamentais previstos na Magna Carta. O próprio constituinte, seguindo a concepção de algumas Constituições europeias, teve a intenção de estabelecer comandos, expressos e implícitos, ao legislador ordinário para a criminalização de condutas que afrontam direitos dessa natureza.⁵

Insta salientar que a eleição de um mandado de criminalização se realiza por meio de uma leitura sistemática dos princípios que norteiam a Constituição, o que permite verificar qual a posição que o bem jurídico a ser penalmente tutelado ocupa

5. Para Antonio Carlos da Ponte: “[...] os mandados de criminalização indicam matéria sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral” (In: PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes Eleitorais*, 2008, p. 152).

na ordem constitucional, perfazendo um nítido bloco de constitucionalidade na seara penal, conforme será exposto a seguir.

1.2.3. *Mandados Constitucionais de Criminalização*

Os mandados constitucionais de criminalização são comandos emitidos pelo legislador constituinte para a proteção de determinados bens jurídicos com dignidade penal, considerando a ordem e importância que ocupam tais bens na Lei Fundamental.

As ordens de criminalização podem ser divididas em expressas e implícitas, geralmente previstas na forma de cláusulas pétreas ou de preceitos constitucionais.

À medida que as ordens de penalização deixam de ser cumpridas, faz-se necessária a utilização de remédios constitucionais para a plena proteção de certos bens jurídico-penais previstos na Constituição, tais como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

a) Explícitos:

1 – Artigo 5º, inciso XLII, da Constituição, que trata do **racismo, de modo que tal mandado de criminalização foi atendido pelo legislador penal em nível infraconstitucional, sendo editada a **Lei n. 7.716/1989**.**

Mesmo com tal atendimento, discute-se se a proteção penal ainda é suficiente neste âmbito, já que a Lei n. 7.716/1989 deixa de tipificar os atos discriminatórios contra os homossexuais e outros grupos da sociedade brasileira que apresentam vulnerabilidade, razão pela qual os crimes de ódio (*hate crimes*) merecem uma maior atenção nos dias atuais. De todo caso, com relação às pessoas com deficiência, entrou em vigor o **Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015)**, que traz uma série de infrações penais que atentam contra esse grupo de pessoas, em harmonia com a Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que possui o mesmo peso que de uma emenda constitucional, vez que aprovada acorde o artigo 5, §3º da CF.

A propósito da **imprescritibilidade** da pretensão punitiva, apontam-se as seguintes infrações penais:

- crimes de discriminação ou preconceito, em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional;
- ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
- crimes contra a humanidade com alcance internacional - em caso de incidência subsidiária e complementar da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Já como **crimes inafiançáveis**, apontam-se os seguintes:

- crimes de discriminação e preconceito, em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional;
- ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
- crimes hediondos e assemelhados, incluindo a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo – a despeito de entendimentos em sentido contrário firmados pela jurisprudência.

» **Observação:**

Ressalta-se que, recentemente, passou-se a discutir acerca do reconhecimento da **imprescritibilidade** do crime de **corrupção**. Exemplificativamente, a Justiça argentina entendeu que esses crimes são imprescritíveis, independentemente de regulamentação da Constituição ou de qualquer outro diploma legal, sob o fundamento de que a corrupção atenta contra a democracia e os direitos humanos em geral.

Cumpra salientar que, no Brasil, o projeto de lei referente às “**10 Medidas contra a Corrupção**” propõe elevar o crime de corrupção a caráter hediondo, equiparando-a aos crimes contra a vida, eis que deságua na eliminação de vidas por meio do desvio de recursos. Consequentemente, propõe-se considerar de maior gravidade essa espécie delitiva, com o escopo de dificultar a ocorrência da prescrição e a concessão de benefícios durante a execução da pena.

2 – Artigo 5º, inciso XLIII, que dispõe sobre a **tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos**;

A primeira vista, esse mandado de criminalização fora atendido nos seguintes crimes:

- tortura (Lei n. 9.455/1997);
- tráfico de entorpecentes (Lei. 11.343/2006);
- e crimes hediondos (Lei. 8.072/1990).

Contudo, com relação ao terrorismo, pairavam dúvidas acerca de sua criminalização, havendo duas correntes.

Para uma primeira corrente, esse mandado de criminalização foi atendido, já que o **terrorismo** é crime previsto no art. 20 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional)⁶.

Já para a segunda corrente, esse mandado de criminalização não foi atendido, pois a Lei de Segurança Nacional não chega a especificar quais das ações podem ser enquadradas como crime de terrorismo, causando mais confusão que certeza.

6. “**Art. 20.** Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.”.

Ademais, aludida legislação sofre contundentes críticas pelo fato de ter sido elaborada no período ditatorial.

Certo é que, em linhas gerais, o terrorismo não era criminalizado a contento no Brasil, tanto que tramitavam diversos projetos de lei visando a sua melhor tipificação, a exemplo do Projeto n. 236/2012 (Projeto do Novo Código Penal). Cuidava-se de medida a ser adotada urgentemente, considerando os recentes eventos internacionais que o Brasil se comprometera a sediar - por exemplo, Copa do Mundo e Jogos Olímpicos -, além dos últimos acontecimentos que causaram perplexidade e comoção mundial, como nos casos dos atentados em Paris contra o semanário “Charlie Hebdo” (2015) e na Bélgica (2016).

Nada obstante, infere-se que o mandado constitucional de criminalização foi atendido com a edição da **Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016 (Lei Antiterrorismo)**, a ponto de disciplinar o terrorismo, reformular o conceito de organização terrorista e implementar disposições investigatórias e processuais.

De se ver que, nos termos do **§2º** do artigo 2º, não são considerados terrorismo as manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, sob pena de aviltar o princípio constitucional da liberdade de expressão.

3 – Artigo 5º, inciso XLIV, que disciplina sobre a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, no que foram editadas a Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional) e a Lei n. 9.614/98 (Lei do Abate de Aeronaves), sendo que a última prevê a possibilidade de tiro de destruição contra as aeronaves consideradas hostis ao Estado.

4 – Artigo 5º, § 3º, dispondo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais;

Segundo a doutrina, esse mandado de criminalização é uma **abertura** da Constituição Federal para a criminalização de condutas afetas aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, permitindo a “oxigenação” e a **calibração** do ordenamento brasileiro.

Mesmo que não aprovados pelo procedimento descrito no §3º do artigo 5º da Magna Carta, apontam-se os seguintes tratados e convenções internacionais de extrema importância para o combate da criminalidade, tanto em nível nacional como internacional: Convenção de Palermo, para o enfrentamento do crime organizado transnacional; Convenção de Viena, para o combate da lavagem de dinheiro; Convenção de Combate à Tortura; entre outros.

5 – Artigo 7º, X, que trata da **retenção dolosa do salário do trabalhador**, disciplinando que um dos direitos do trabalhador é o da proteção do salário na forma da lei, constituindo crime de retenção dolosa.

Contudo, esse preceito constitucional não fora atendido para a tipificação do **assédio moral** nas relações de trabalho, que configura meramente um ilícito trabalhista.

6 – Artigo 225, § 3º, que determina que as **condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente** sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais ou administrativas, de modo que tal mandado de criminalização foi atendido, sendo editada a **Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais)**, inclusive com o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica⁷.

7 – Artigo 227, § 4º, que estabelece que a lei punirá severamente **o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente**, referindo-se à vulnerabilidade nos crimes sexuais, sendo tal mandado de criminalização atendido não só pelo Código Penal, como também pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

» **Atenção 1:**

Sob a ótica constitucional, a **prescritibilidade** é a regra. Excepcionalmente, são crimes **imprescritíveis** a pretensão punitiva dos seguintes crimes:

- crimes de **discriminação** ou **preconceito**, em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Artigo 5º, inciso XLII, CF);
- a **ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático** (Artigo 5º, inciso XLIV, CF).

» **Atenção 2:**

A **afiançabilidade** também é a regra. Admite-se, no entanto, a **inafiançabilidade** nos seguintes crimes:

- crimes de discriminação ou preconceito, em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional;
- ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
- crimes hediondos e assemelhados, incluindo a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

7. A propósito do tema, cf. VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Direito Penal de empresa & criminalidade econômica organizada: responsabilidade penal da pessoa jurídica e de seus representantes face aos crimes corporativos*, 2015.

» **Atenção: Posse ou Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Restrito**

A Lei nº. 13.497, de 26 de outubro de 2017, alterou a Lei nº 8.072/1990, para incluir o crime de **posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito** no rol dos crimes hediondos.

Cumpra salientar que a arma de fogo de uso restrito é de uso exclusivo das Forças Armadas, de certas instituições de segurança e de pessoas físicas e jurídicas devidamente habilitadas e autorizadas pelo Exército, de acordo com a previsão do Decreto nº 3.665/2003.

De origem do Projeto de Lei do Senado nº 230/2014, o novel legislativo tem o objetivo de conferir um tratamento mais rigoroso à execução da pena para esse tipo de crime, permitindo a fixação do regime inicialmente fechado, bem como a incidência de quantidades mais severas para a progressão de regime, já que a grande parte dos homicídios no país é cometida com arma de fogo.

b) Implícitos

Os **mandados constitucionais de criminalização implícitos** foram reconhecidos, pela primeira vez, em 1975, em um julgamento do Tribunal Constitucional da Alemanha, envolvendo o pedido de permissão para a prática do aborto até o terceiro mês da gestação.

No Direito brasileiro, são deduzidos dos direitos e garantias consagrados na Constituição, a exemplo da **corrupção eleitoral** (artigo 299 do Código Eleitoral) e da **criminalidade organizada** (Lei n. 12.850/13), cujas incriminações têm como base os fundamentos do Estado brasileiro, concernentes à soberania, à cidadania, à dignidade da pessoa humana e ao pluralismo político (artigo 1º, incisos I, II, III e V, da CF), bem como os objetivos fundamentais da República (artigo 3º da CF).

» **Atenção:**

Sob a ótica dos direitos fundamentais e dos mandados constitucionais de criminalização, o **princípio da dupla face da proporcionalidade** tem ganhado expressão para o enfrentamento da criminalidade, trazendo como corolários a **proibição de proteção de excesso** (*Übermassverbot*) e a **proibição de proteção deficiente** (*Untermassverbot*).

Pela **proibição de proteção de excesso** (garantismo ou proteção negativa), a tutela penal não pode transcender ao bem jurídico, servindo tal princípio como proteção do indivíduo face a eventuais excessos do Estado. E, pela **proibição de proteção deficiente** (garantismo ou proteção positiva), a proteção penal do bem jurídico não pode ser inócua ou insuficiente.

2. DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO

O Direito Penal e a Constituição devem guardar estreita relação entre si, principalmente na incriminação de condutas, de modo que cabe ao Direito Penal, seja na criminalização primária, seja na criminalização secundária, punir somente os ataques intoleráveis e que causam repercussões visíveis para a convivência social, com fundamento no princípio da ofensividade ou da lesividade.

Segundo Rogério Greco, revela-se imprescindível a edificação de um **Direito Penal do Equilíbrio**, ou seja, de um **Direito Penal mínimo** que tenha como fundamento a Constituição e, acima de tudo, os princípios da dignidade humana, da intervenção

mínima, da lesividade, da adequação social, da insignificância, da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da limitação das penas, da culpabilidade, da legalidade e, acima de tudo, da dupla face da proporcionalidade.

Busca-se, assim, um Direito Penal minimalista que tenha por função primordial a exclusiva proteção de bem jurídico e, no campo das penas, uma nova releitura da ressocialização⁸.

Visando à delimitação da ideia de bem jurídico, ganham expressão as teorias constitucionais do Direito Penal, a saber:

- Constituição como **limite negativo** do Direito Penal;
- Constituição como **limite positivo** do Direito Penal.

A segunda corrente divide-se em:

- Direito Penal como potencial espelho da Constituição;
- Direito Penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais.

Em linhas gerais, todas as teorias acima mencionadas sustentam que a Constituição pode estabelecer um limite ao Direito Penal, a ponto de delimitar e identificar os bens passíveis de sua proteção. Eis os fundamentos do que se denomina Direito Penal do equilíbrio, que serve para a construção de um Direito Penal mínimo, liberal ou garantista à luz do Estado Democrático de Direito. Consagra-se, pois, uma hermenêutica constitucional garantista à luz do Direito Penal, seja no plano da atividade legislativa, seja na aplicação das normas penais.

2.1. Constituição como limite negativo do Direito Penal

Neste caso, o “**negativo**” deve ser entendido como uma “**ampliação**”, sem significar “algo prejudicial”.

Por essa teoria, o legislador penal pode conferir proteção não apenas aos bens previstos na Constituição, como também àqueles que não são nela expressamente reconhecidos, desde que não violados os valores constitucionais. Quer dizer, a seleção dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal pode ocorrer aleatoriamente, desde que encontre fundamento e validade na Lei Fundamental.

Segundo Nilo Batista, não há um catálogo de bens jurídicos à espera do legislador, a ponto de haver uma ampliação da proteção penal.

Invocando essa teoria, há autores que não retiram da Constituição, mas da própria essência do Estado Democrático de Direito os bens fundamentais a serem penalmente protegidos. São os entendimentos de Claus Roxin e Figueiredo Dias.

8. GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*, 2015, p. 30 e 67 e ss.

Em nossa opinião, podem ser citados como exemplos dessa teoria os mandados constitucionais implícitos de criminalização, pois tais são deduzidos de uma leitura sistêmica da Carta Magna e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, de modo que os respectivos bens penalmente protegidos não são nela expressamente reconhecidos. Logo, seria o caso da criminalização da corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), do crime organizado (Lei 12.850/2013) e da criminalidade dos poderosos e do “colarinho-branco”, cujos bens jurídicos não se referem diretamente à Constituição, mas, acima de tudo, à própria existência do Estado Democrático de Direito.

2.2. Constituição como limite positivo

Neste caso, o “positivo” deve ser entendido como “restrição” ou “delimitação”, pois, por essa teoria, busca-se restringir ou delimitar o campo de proteção do Direito Penal. Ou seja, o legislador penal só poderia proteger bens situados dentro da Constituição. Essa teoria divide-se em duas subteorias:

2.3. Direito Penal como potencial espelho da Constituição

Destaca-se que nem todos os bens constitucionais são direitos fundamentais. A própria Constituição brasileira de 1988 caracteriza-se como ampla e prolixa, a ponto de prever direitos e garantias em demasia.

Assim, por essa subteoria, independentemente da importância que o valor assuma dentro do sistema constitucional – ou seja, se direito fundamental ou não –, pode o legislador penal criminalizar a conduta que afronte tal valor.

Logo, a partir desses fundamentos, ainda seria possível a tipificação (criminalização) do adultério nos dias atuais, outrora revogado, pois, de acordo com o artigo 226, *caput*, da Constituição, a família é considerada a base da sociedade, de forma que qualquer ato atentatório à sua existência deve ser punido.

Outro exemplo: poder-se-ia justificar a punição do empregador que exija de seu empregado uma jornada de trabalho superior a 8 horas por dia, a ponto de contrariar o disposto nos artigos 6º e 7º, XIII, ambos da Magna Carta.

Além de consagrada no artigo 18, n. 2, da Constituição portuguesa, essa teoria é defendida por Sérgio Salomão Shecaira e Francesco Angioni.

2.4. Direito Penal como instrumento de proteção dos Direitos fundamentais

Por essa teoria, exige-se que o bem a ser penalmente protegido seja, em sua essência, um direito fundamental consagrado na Constituição. Essa teoria é defendida por Gomes Pavaieu e Maurício Antônio Ribeiro Lopes.

A título de exemplo, seria o caso somente de proteção penal dos bens previstos nas cláusulas pétreas, pois somente estas trariam os direitos fundamentais da Constituição.

3. DIREITO ADMINISTRATIVO

O **Direito Administrativo** é o conjunto de regras e princípios que regula a organização e o funcionamento da Administração Pública, tendo por finalidade a consecução (atendimento) do interesse da coletividade.

Nesse contexto, o Direito Administrativo e o Direito Penal apresentam ilícitos que não se distinguem em sua essência, mas apenas em grau, ou seja, na natureza de suas sanções.

Por força do princípio da fragmentariedade, comina-se ao ilícito penal, em regra, uma sanção de privação de liberdade, que se caracteriza por sua extrema gravidade. Já o ilícito administrativo é marcado por sanções menos severas, como, por exemplo, a proibição de contratar temporariamente com a Administração Pública ou dela receber recursos estatais.

Outra diferença entre o Direito Administrativo e o Direito Penal diz respeito à definição de funcionário público. Com efeito, o Direito Administrativo traz um conceito de agente público de maior amplitude, enquanto o Direito Penal define funcionário público (artigo 327 do Código Penal) unicamente para a caracterização dos crimes contra a Administração Pública (artigos 312 a 359 do Código Penal).

Não obstante, ambos os ramos também guardam correlações entre si.

Primeiramente, o Direito Administrativo toma emprestados os conceitos penais de dolo e culpa, típicos dos ilícitos penais, para a caracterização dos próprios ilícitos administrativos.

Ademais, diversas legislações extravagantes em matéria administrativa trazem em seu bojo a tipificação de crimes, tais quais:

- a **Lei n. 8.666/93** (Lei de Licitações), que também dispõe sobre os crimes de licitação;
- e a **Lei n. 8.137/90** (Crimes contra a Ordem Tributária).

Também apontam-se, no campo penal, as normas penais em branco heterogêneas, cujo preceito primário depende de complementação por atos administrativos. Exemplo: crimes de entorpecentes (Lei n. 11.343/2006).

Complementa Aníbal Bruno que, à medida que o condenado cumpre a execução da pena, o Direito Penal mais se aproxima do Direito Administrativo, pois aumenta a responsabilidade de fiscalização da Administração Pública no cumprimento da sanção⁹.

9. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*, 1967, p. 48.

Observa-se, por fim, que atualmente há uma “*zona cinzenta*” entre as fronteiras do **Direito Administrativo Sancionador** e do **Direito Penal**, de modo que renomados penalistas, a exemplo de Winfried Hassemer, chegam a propor a construção de um **Direito de Intervenção**, a fim de afastar a punição de algumas condutas do Direito Penal. Já Jesús-María Silva Sánchez propõe a edificação de um **Direito Penal de duas velocidades**, conforme será explorado oportunamente. A título de exemplo, essa proposta tem sido adotada no Brasil com o advento da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) e com a edição da Medida Provisória nº 784/17, que dispunha sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários.

Em que pese ser de suma importância para a incorporação do Direito Administrativo Sancionador no Brasil, a MP nº 784 teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de outubro de 2017.

Nesse sentido, foi editada a Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador nas esferas de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários.

» **Atenção:**

O **ilícito administrativo** não se confunde com o **ilícito penal**. Atualmente, suscitam-se discussões sobre as linhas limítrofes entre o Direito Penal mínimo e o Direito Administrativo Sancionador para o enfrentamento de certos ilícitos cometidos no contexto social, a exemplo das infrações de trânsito e de fraudes econômicas e financeiras.

4. DIREITO CIVIL

Historicamente, as leis civis e as leis penais se confundiam nas mais diversas civilizações. Contudo, à medida que os conjuntos sociais evoluíam, houve a necessidade de especialização de cada ramo, a fim de facilitar a sua compreensão didática no universo jurídico.

Nesse sentido, o **Direito Civil** e o **Direito Penal** apresentam ilícitos que não se distinguem em sua essência, mas apenas em grau, ou seja, na natureza de suas sanções.

Com base no **princípio da fragmentariedade**, comina-se ao ilícito penal, em regra, uma sanção de privação de liberdade, que se caracteriza por sua extrema gravidade. Já o ilícito civil é marcado por sanções menos severas, como, por exemplo, a reparação do dano.

Em que pese essas diferenças, certo é que ambos os ramos apresentam relações entre si, principalmente pela importância conceitual que o Direito Civil exerce no Direito Penal.

Exemplificativamente, nos crimes contra o patrimônio, o Direito civil fornece a definição de propriedade, coisa, detenção, posse, entre outros.

Da mesma forma, os crimes contra o matrimônio são conceitualmente preenchidos pelos institutos do Direito civil, tais como as regras de Direito de família.

Ademais, outra relação entre ambos os ramos é encontrada nas obrigações civis *ex delicto*.

Por fim, pode haver, com a prática de um mesmo fato, uma incidência normativa simultânea, tanto do Direito Penal como do Direito Civil, a exemplo do **crime de dano** (artigo 163, CP), ao qual também se pode atribuir uma reprimenda civil, nos termos do artigo 186 do Código Penal. Neste caso, não há que se falar em “**dupla punição pelo mesmo fato**” (*bis in idem*), pois cada instância (civil e penal) goza de autonomia própria para determinar a respectiva responsabilidade do infrator.

5. DIREITO INTERNACIONAL

Com o advento (chegada) da globalização e dos avanços tecnológicos, as fronteiras dos Estados tornaram-se superadas, de modo que a criminalidade passou a se expandir no cenário global, caracterizando-se por sua **transnacionalidade** e **modernização**. Logo, a investigação estatal para a punição dos delitos transnacionais tornou-se mais complexa e dificultosa.

Assim, os Estados têm a necessidade de promover uma **cooperação jurídica internacional** para o combate das novas formas de delinquência, no que ganha importância a relação entre o Direito Penal e o Direito Internacional, dando-se azo à construção do **Direito Penal Internacional**.

6. DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A “DESCRIMINALIZAÇÃO” DO DESACATO

Precipuamente, o controle de convencionalidade não é objeto de recentes construções doutrinárias. Com efeito, esse mecanismo já encontra certa profundidade de análise na comunidade europeia, cujo bloco político confere peso significativo aos tratados internacionais dos mais variados temas.

Sob o ângulo do Direito brasileiro, o controle de convencionalidade se divide em internacional e nacional.

Primeiramente, o controle de convencionalidade internacional consiste na atividade de fiscalização dos atos e condutas dos Estados por órgãos compostos por julgadores independentes, de criação de tratados internacionais.

Reconhece Carvalho Ramos a existência unicamente do controle de convencionalidade internacional, pelos seguintes motivos:

- a decisão proferida no âmbito doméstico não tem a aptidão de vincular a atuação do juiz do órgão internacional, de modo que somente este figura como intérprete autêntico;
- o controle de convencionalidade nacional não tem o condão de fiscalizar o Poder Constituinte Originário, enquanto que o controle de convencionalidade internacional pode fazê-lo;
- e o controle de convencionalidade nacional se sujeita à hierarquia do tratado internacional ratificado e tomado como parâmetro à luz do ordenamento jurídico¹⁰.

Já Mazzuoli prestou contributo ao desenvolvimento do controle de convencionalidade nacional¹¹. Conforme essa proposta, o controle de convencionalidade tem a finalidade de conformar a legislação brasileira com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país.

Nesse viés, a legislação nacional é tida como objeto, enquanto que os tratados internacionais de direitos humanos são considerados parâmetros ou paradigmas, a ponto de ampliar a parametricidade constitucional.

Destarte, somente será necessário recorrer ao controle de convencionalidade diante da seguinte situação: se a legislação interna (objeto) estiver em compatibilidade com a Constituição, mas não estiver em harmonia com os tratados internacionais de direitos humanos (paradigmas ou parâmetros), dando-se azo às normas constitucionais inconvencionais.

Nesse sentido, a Constituição e os tratados internacionais se unem para a construção de um direito infraconstitucional harmonioso e sistemicamente coerente, possibilitando a existência de uma ordem jurídica interna perfeita e, via de consequência, um Estado Constitucional e Humanista de Direito.

Ressalta-se, de antemão, que as bases humanistas do Direito Penal mínimo são impostergáveis à luz do Estado Democrático de Direito, tendo por função primordial a proteção de bens jurídicos indispensáveis à existência humana, tanto na perspectiva individual como supraindividual, em homenagem aos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da dupla face da proporcionalidade, da proibição ao retrocesso (“efeito cliquet”) e, acima de tudo, da dignidade humana.

Privilegia-se, assim, um Direito Penal intergeracional, que seja lastreado nas mais diversas dimensões dos direitos fundamentais, a ponto de assegurar um piso mínimo

10. Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos Direitos humanos na ordem internacional*, 2012, p. 250.

11. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 2016 p. 125 e ss.

existencial e, ao mesmo tempo, servir de limitação a arbitrariedades, garantindo a permanência de presentes e futuras gerações¹².

Festeja-se, ademais, a separação dos poderes no regime democrático, com supedâneo na teoria dos “*freios e contrapesos*” (“*checks and balances*”), de sorte que são irrenunciáveis a autonomia e a competência do Poder Judiciário e dos órgãos essenciais à função jurisdicional.

Reconhece-se, nessa senda, que a Defensoria Pública, nos termos do artigo 134 da Constituição, assume posição louvável e de vanguarda no cenário nacional, eis que imprescindível à orientação jurídica, à promoção dos direitos humanos e à defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do artigo 5º da Magna Carta.

Em dezembro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.640.084/SP, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, firmou o entendimento pela “descriminalização” do desacato (artigo 331 do Código Penal).

No caso em tela, o agente foi condenado por crime de roubo a uma pena de cinco anos e cinco meses de reclusão, por ter subtraído uma bebida avaliada em R\$ 9,00, oportunidade em que teria desacatado os policiais por resistir à ordem de prisão.

De acordo com o respeitável posicionamento, a tipificação dessa conduta é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário. Vale dizer, o crime de desacato não se coaduna com o regime democrático, a liberdade de expressão e o direito à informação, não só pela inconstitucionalidade do tipo em comento com a Constituição brasileira de 1988, senão também pela inconveniência com recentes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e tratados internacionais, tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão.

Segundo o Ministro Relator, essa tipificação penal também representa um contrassenso ao humanismo, eis que o Estado se encontraria em preponderância ao indivíduo, de modo que a existência do delito serviu de abuso de poder pelas autoridades ao longo do tempo, a ponto de suprimir os direitos fundamentais do indivíduo, mormente a liberdade de expressão.

Salienta-se que essa decisão é válida apenas para o caso em concreto, embora possa ser invocada como precedente em outros processos.

12. BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*, 2014, p. 46 e ss; MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos fundamentais*, p. 27 e ss.

Foi decidido, nada obstante, que o reconhecimento da inconstitucionalidade e da inconveniência do desacato não autoriza o desrespeito aos agentes públicos no exercício da função, de modo que deve se prezar pelo direito de resposta, pela indenização civil e, eventualmente, pela caracterização de crimes contra a honra.

Em 04 de julho de 2016, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento dos autos do processo n. 0013156-07.2015.8.19.0008, em decisão proferida no Juizado Especial Criminal Adjunto à 2ª Vara Criminal da Comarca de Belford Roxo, também apresentou o mesmo entendimento, declarando incompatível o crime de desacato por meio dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade¹³.

Entende-se, assim, que o controle de convencionalidade é uma realidade sob a ótica dos direitos humanos, de modo que sua necessidade é inquestionável e fundamental para a promoção e proteção desses direitos, máxime dos direitos sociais e dos grupos de vulneráveis. Contudo, esse controle deve ser objeto de uma leitura mais acurada na perspectiva do ordenamento pátrio.

Primeiramente, esse tema guarda relação com a atuação do Poder Judiciário brasileiro.

Com efeito, o artigo 92 da Constituição contempla a estrutura e organização do Poder Judiciário, tanto do ponto de vista estático ou estrutural dos órgãos, como do dinâmico ou de funcionamento de cada um dos órgãos.

Como se sabe, cabe ao Supremo Tribunal Federal atuar como guardião da Constituição, estabelecendo padrões interpretativos do Texto Constitucional em todo território nacional.

De acordo com o artigo 102 da Magna Carta, o Pretório Excelso exerce ampla competência, que se divide em:

- **originária**, em que atua no julgamento das ações diretas de constitucionalidade, que se destinam à verificação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei;
- **ordinária**, em que atua no julgamento de recursos apresentados em mandados de segurança impetrados originariamente no Superior Tribunal de Justiça;
- e **extraordinária**, em que atua no julgamento dos recursos extraordinários, que buscam contrastar as decisões dos demais órgãos jurisdicionais brasileiros sobre a interpretação do Direito Constitucional em todo território nacional.

Assim, cabe à Suprema Corte realizar o controle de constitucionalidade nos casos de incompatibilidade (vertical) das leis internas com a Constituição brasileira.

13. Já havíamos feito essa referência: VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Crimes de imprensa e aspectos práticos de processo penal*, 2017, p. 145.

Dessa forma, parte da doutrina brasileira transladou o procedimento do controle de constitucionalidade para fundamentar o controle de convencionalidade nacional, tanto no plano concentrado como no difuso.

Nessa vereda, o controle de convencionalidade também desperta controvérsias no campo do Direito Penal.

Assinala-se, *concessa venia*, que, na decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em “*descriminalização*” do desacato, mas, tecnicamente, em fato atípico à luz do conceito analítico de crime, tendo em vista que o delito não restou configurado no caso concreto. Não foi sequer discutida a fio a dignidade penal do tipo em questão, com vista a fundamentar a descriminalização por ausência de bem jurídico-penal.

Bem assim, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o desacato ainda continua a ser crime, pelos seguintes motivos: (i) é uma proteção adicional ao agente público contra possíveis ofensas “sem limites”; (ii) a figura típica do desacato não é uma afronta à liberdade de expressão, porquanto não impede o exercício da liberdade de manifestação do cidadão, desde que o faça com educação e civilidade; (iii) a criminalização é uma forma de inibir excessos; (iv) é um meio de proteção aos agentes públicos, sobretudo para o desempenho de suas atividades profissionais; e (v) descriminalizar o desacato não traria quaisquer benefícios, pois, inexoravelmente, o fato ainda configuraria crime de injúria¹⁴.

Reconhece-se, a partir da hermenêutica e da interpretação jurídicas, que os julgadores apresentam uma ampla responsabilidade de dizer o direito então desconhecido nos ordenamentos, atuando como verdadeiros garantes do Estado Constitucional¹⁵.

Contudo, o povo é titular do poder, eis que escolhe os encarregados pela elaboração das normas de comportamento. Destarte, ganha expressão a atuação do Poder Legislativo, notadamente do Senado Federal e da Câmara dos Deputados na confecção das normas penais incriminadoras, considerando a carga axiológica de dada sociedade, ou seja, dos bens jurídicos penalmente relevantes.

Preleciona Moura Teles que “*É a sociedade que escolhe um grupo de indivíduos e confere-lhes o dever e o direito de construir as figuras consideradas crimes, estabelecer penas e outras regras relativas aos infratores das normas.*”¹⁶.

Complementa Liszt que o Direito Penal é fundado sobre três dogmas, a saber:

14. STJ, Terceira Seção, HC 379.269/MS, Rel. para acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, Julgado em: 24/05/2017.

15. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, 1999, p. 153; VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Hermenêutica e interpretação jurídica: teoria geral do Direito, neoconstitucionalismo e técnicas judiciais*, 2017, p. 38.

16. TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. V. I, 2006, p. 56.

- dogma da infração, de modo que onde não há infração penal não há lei (*"ubi non est lex nec praevaricatio"*);
- dogma da imputação, pois não há delito sem lei que o defina (*"nullum delictum sine lege"*);
- e dogma da punição, posto que não há pena sem lei (*"nulla poena sine lege"*).

Dessa arte, o silogismo legislativo do Direito Penal abrange:

- a disposição precisa da infração penal;
- e a sanção correlata.

Prevalece, dessa arte, que a norma penal é de direito público e de força cogente, descrevendo um comportamento e um resultado desvalorados juridicamente, que, se concretizados pelo agente, impõe-lhe a aplicação de uma sanção penal.

E, em observância ao princípio da separação dos poderes, cabe à União legislar sobre matéria penal, consoante o disposto no artigo 22, I, da Constituição Federal. Assim, eventual descriminalização do desacato necessariamente perpassa sob a atividade legiferante.

Certo é que o controle de convencionalidade deve ser alçado a um debate crítico no Brasil, a fim de que sejam tomadas em conta as bases então erigidas no Direito comparado para uma proposta ainda mais sólida e harmoniosa no cenário nacional, máxime no âmbito do Direito Penal, em homenagem aos princípios da separação dos poderes, da segurança jurídica, da legalidade e da igualdade.

NORMA PENAL

1. NORMAS PENAIS EM BRANCO

1.1. Administrativização do Direito Penal: afronta ao princípio da legalidade?

O Direito Penal e o Direito Administrativo encontram-se cada vez mais próximos e, ao mesmo tempo, com linhas tênues entre si, levando à adoção das normas penais em branco como forma de tratamento da criminalidade organizada.

Preleciona Alamiro Velludo Salvador Netto: “[...] *as normas penais em branco atendem à dinâmica mutante da sociedade fruto da tecnologia e dos conhecimentos, além de permitirem ao tipo englobar um maior número de condutas com rigor e precisão técnica.*”¹.

Nada obstante, tecem-se críticas no seguinte sentido: o fato de ocorrer uma adoção desenfreada das normas penais em branco, como se verifica no atual momento do Direito Penal, com a utilização de regras de outras naturezas jurídicas, afrontaria o princípio da legalidade, notadamente da taxatividade penal. Discute-se se tais regras, como no caso das normas administrativas, não assumiriam, por vezes, a competência de uma norma penal, sobretudo ao trazer acentuado conteúdo criminalizador, razão pela qual seriam elas suscetíveis de inconstitucionalidade.

Por exemplo, à medida que as **normas penais em branco heterogêneas** são complementadas por fontes legislativas estranhas ao **Congresso Nacional**, discute-se se esse movimento de administrativização da lei penal é compatível ou não com os seguintes princípios constitucionais:

- **separação de poderes**, pois o Poder Executivo teria a possibilidade de influir no âmbito da lei penal, sobretudo em situações de conveniência política;
- **princípio da legalidade**;
- e **intervenção mínima**.

Apontam-se, nesse sentido, duas correntes.

Para a corrente **minoritária**, a norma penal em branco **viola** o **princípio da legalidade**, pelos seguintes fundamentos:

1. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipo penal e sociedade de risco*, 2006, p. 41.

- **incompatibilidade** da norma penal em branco com o **artigo 22, inciso I, da Constituição Federal**, que autoriza apenas a **União**, por meio do Congresso Nacional, legislar sobre matéria penal;
- **incongruência** com a garantia da **lex populi**, que é desdobramento ou consecutário do **princípio democrático**, sob o fundamento de que o **Poder Legislativo** detem da competência exclusiva de legislar sobre matéria penal, pois **“lei é o que o povo manda e constitui”** (*“lex est quod populus jubet atque constituit”*).

Por outro lado, para a corrente **majoritária**, a norma penal em branco não consiste em **violação** ao **princípio da legalidade**, contanto que o **núcleo essencial da conduta** seja mantido íntegro no tipo penal incriminador.

1.2. Alteração do Complemento da Norma e (Possibilidade de) Retroatividade em Favor do Acusado

Em se tratando de **normas penais em branco heterogêneas**, discute-se se a alteração do complemento da norma em branco, uma vez **mais benéfica**, pode ou não **retroagir** em favor do acusado.

Prevalece o entendimento, praticamente unânime, de que a norma em branco, uma vez complementada pelo conteúdo mais benéfico de fonte de outra natureza, pode retroagir para beneficiar o réu, tendo em vista a ocorrência de **abolitio criminis**.

» Exemplo:

A Portaria nº 344 da ANVISA excluiu, por certo momento, o cloreto de etila, vulgarmente conhecido como “lança-perfume”, das substâncias entorpecentes constantes da lista da ANVISA.

2. ANALOGIA

2.2.1. Conceito

Historicamente, o emprego acentuado da analogia remete aos períodos de exceção, embora essa técnica de interpretação tenha sido adaptada às bases do Direito Penal liberal ao longo do tempo.

À luz da Escola de Kiel, anunciava Mezger que é a culpabilidade embasada na personalidade do autor, pois consiste no conjunto de pressupostos que fundamenta a reprovação pessoal do agente pelo fato punível praticado².

Assim, operava-se uma antecipação da tutela penal sem precedentes, priorizando o emprego de prisões cautelares e o uso da analogia, com arrepio aos princípios da

2. MEZGER, Edmund. *Derecho penal. Parte general*, 1985, p. 189.

segurança jurídica, da legalidade dos delitos e das penas, da irretroatividade da lei penal, do devido processo legal e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.

Com a reimplantação das bases liberais, o Direito Penal garantista tornou a permitir apenas o emprego da analogia “*in bonam partem*”, ou seja, desde que benéfica às partes.

De se ver que não há um conceito unívoco sobre analogia. Nada obstante, aponta Tercio Sampaio de Ferraz Júnior: “[...] *Em geral, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para determinada ‘facti species’, é aplicável a conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança [...]*”³.

Destarte, a analogia é método de integração das normas diante de uma lacuna normativa. O próprio termo “*integrar*” significa, em sua essência, “*completar*”, “*preencher*”, a ponto de tornar o sistema coerente e satisfatório.

Assim, a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não contemplada em lei, disposição legal que regula caso semelhante.

Sob o ângulo do Direito Penal, é complexo o uso de analogia, pois todos os comportamentos e as respectivas sanções penais devem ser previstos em lei, em consonância com o princípio da legalidade.

Neste azo, não se admite analogia em prejuízo ao acusado (analogia “*in malam partem*”), de modo que é vedada a criação judicial (por analogia) de tipos penais, causas de aumento de pena e circunstâncias agravantes, sob pena de violar os princípios da legalidade e da separação de poderes.

Sem prejuízo, é possível o emprego de analogia em favor do réu (analogia “*in bonam partem*”), como forma de se privilegiar o Direito Penal liberal e as garantias individuais do acusado, a exemplo da criação judicial de atenuantes, causas exculpantes (dirimentes, eximentes ou exclusão da culpabilidade) e justificantes (exclusão da ilicitude ou da antijuridicidade)⁴.

Nucci cita os seguintes exemplos⁵:

- analogia “*in bonam partem*” para autorização de aborto relativo à gravidez decorrente de crime de violação sexual mediante fraude (artigo 215 do Código Penal): o aborto, como se sabe, apenas é legalmente autorizado quando a gravidez decorre de estupro, nos moldes do artigo 128, II, do Código Penal. Mas se a gravidez não decorrer de estupro, mas de crime de violação sexual mediante fraude, entende-se ser possível a aplicação de analogia “*in bonam*

3. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2012, p. 277.

4. Para maiores detalhes, cf. MONTIEL, Juan Pablo, *Creación judicial de derecho penal y analogía in bonam partem*, 2011.

5. NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, 2012, p. 105.

partem” à “autora-gestante”, como forma de autorizar o aborto. Neste caso, a gravidez decorreu igualmente de crime contra a dignidade sexual.

- analogia “*in malam partem*” em assédio sexual: o crime de assédio sexual (artigo 216-A do Código Penal) exige, para sua configuração, relação laboral entre autor e vítima, na qual o agente se vale de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do cargo, emprego ou função. Não poderia ser considerada, para a configuração do delito em questão, eventual relação existente entre docente e aluno. Se assim fosse concebido, estar-se-ia diante do emprego de analogia “*in malam partem*”, aplicada com o fim de incriminar indevidamente o acusado.

2.2.2. Reflexões: Analogia “*in bonam partem*”

A analogia favorável ao réu (analogia “*in bonam partem*”) e os reflexos dela advindos são amplamente discutidos no atual contexto do Direito Penal, a ponto de despertar as seguintes reflexões:

- ao longo dos anos, a doutrina tem debatido as problemáticas do emprego da analogia favorável ao acusado. Neste azo, discute-se acerca da legitimidade do julgador de criar o Direito, o que afrontaria os princípios da legalidade e da separação dos poderes⁶;
- discute-se sobre os limites e possibilidades de reconhecimento, por meio de analogia “*in bonam partem*”, de causas (supralegais) de justificação, diante da existência de lacunas axiológicas;
- e existem problemas de natureza conceitual da analogia “*in bonam partem*”, de modo que pode apresentar um formato peculiar em cada sistema jurídico. Nem sempre o conceito de analogia é empregado no mesmo sentido, mas é associado a diferentes questões: à criação livre do Direito, criação moderada do Direito, interpretação, conceitos vagos, cláusulas gerais, discricionariedade judicial, entre outras.

6. Cf. MONTIEL, Juan Pablo, Creación judicial de derecho penal y analogía in bonam partem, 2011, p. 280.

APLICAÇÃO DA LEI PENAL

1. CRIME POLÍTICOS

Dispõe o inciso IV do artigo 109 da Constituição que aos juízes federais compete processar e julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções penais e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

Nesse sentido, **crime político** não se confunde com **crime eleitoral**, de modo que aquele apresenta as seguintes características:

- o preso não é obrigado a trabalhar;
- não gera reincidência (mas, no máximo, maus antecedentes);
- não é concedida extradição ao Estado estrangeiro¹.

2. FEDERALIZAÇÃO DAS GRAVES VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS (INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA)

Nos termos do artigo 109, inciso V-A, da Constituição, compete à Justiça Federal processar e julgar as causas relativas a direitos humanos a que se refere o §5º do mesmo dispositivo legal.

Por força do artigo 109, §5º, da Magna Carta, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, envolvendo certos casos criminais com repercussão no campo dos direitos humanos.

1. "Art. 5º. LII. CF. Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião".

3. LEI PENAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS E IMUNIDADES

3.1. Considerações Gerais

A lei penal tem aplicação a todos, nacionais ou estrangeiros, sem quaisquer privilégios pessoais, com fundamento no princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, “*caput*” e inciso I, da Constituição brasileira de 1988. Excepcionalmente, certas pessoas, devido à importância das funções que desempenham, não são alcançadas pela lei penal, o que se denomina **imunidade**².

À luz do Direito Penal brasileiro, podem ser mencionadas as seguintes imunidades:

- **diplomáticas;**
- **parlamentares;**
- e de outras modalidades, como no caso do **advogado**³.

Frisa-se que a imunidade não é um privilégio, mas uma **prerrogativa** vinculada à função desempenhada por seu titular, com a finalidade de lhe garantir a liberdade necessária para o exercício do cargo⁴.

Passa-se ao estudo de cada uma dessas imunidades.

3.2. Imunidades Diplomáticas

Considerando o dinamismo das relações sociais e políticas entre os mais diversos povos, buscam os Estados, ainda que relativamente, representatividade e extensão de sua soberania no território de outros países.

Possibilita a diplomacia, nesse prisma, o intercâmbio e o bom relacionamento entre as nações, ganhando expressão a atuação diplomática.

Em regra, aplica-se a lei brasileira ao crime cometido na sede de embaixada estrangeira situada no Brasil. Ou seja, qualquer embaixada ou consulado estrangeiro instalado no Brasil é considerado território brasileiro, sendo-lhe aplicada a lei penal brasileira em caso de cometimento de crime. E o mesmo raciocínio se estende à embaixada brasileira sediada em outro Estado.

Adota-se essa sistemática pelos seguintes motivos:

- por ausência na previsão do artigo 5º, §1º, do Código Penal, as embaixadas, ainda que invioláveis, não são consideradas extensão do território nacional, de modo que se sujeitam à aplicação da lei penal do país em que estão situadas;

2. TELES, Ney Moura. *Direito Penal*: parte geral, 2006, p. 82-83.

3. TELES, Ney Moura. *Direito Penal*: parte geral, 2006, p. 83.

4. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte geral (arts. 1º ao 120), p. 125.

- o próprio governo brasileiro tem a obrigação especial de adotar as medidas de proteção apropriadas ao governo estrangeiro, principalmente diante de danos ou perturbação à sua missão, seguindo o disposto na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas assinada em 1961 (Decreto 56.435/65) e nos artigos 31, 40 e 59 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares assinada em 1963 (Decreto 61.078/67)⁵.

Exemplo: se um crime for praticado na embaixada brasileira situada em Portugal, será o infrator submetido à lei penal portuguesa, salvo se gozar de imunidade diplomática.

Por outro lado, é o **agente diplomático**, devido à importância de sua função, imune à lei penal do país onde desempenha suas atividades, sujeitando-se apenas à lei do Estado a que pertence⁶. Segue-se, neste azo, a **intraterritorialidade**, sob o fundamento de que se aplica a lei penal estrangeira ao fato cometido no território brasileiro.

À luz da Convenção de Viena, aprovada no ordenamento brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 103/64, são agentes diplomáticos o *“embaixador, secretários de embaixada, pessoal técnico e administrativo das representações, membros de suas famílias, funcionários das organizações internacionais, chefes de Estado estrangeiro em visita ao país e os membros de suas comitivas”*⁷.

Exemplo: invocando o caso trazido por Moura Teles, se o embaixador de uma nação estrangeira praticar um delito no Brasil, não caberá a aplicação da lei penal brasileira, mas apenas a lei penal de seu país de origem⁸.

E, nos termos do artigo 29 do Decreto n. 56.435/1965, o agente diplomático não poderá sofrer qualquer tipo de **detenção** ou **prisão**, cuja inviolabilidade se estende à sua residência particular, bens, documentos e correspondência⁹.

Com relação à natureza jurídica, prevalece que a imunidade diplomática é **causa pessoal de isenção de pena**. Já para outra parte da doutrina, consiste em causa

5. Discute-se se é de competência da Justiça Estadual ou da Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes praticados contra os agentes diplomáticos no contexto de invasão às embaixadas estrangeiras no Brasil. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, compete à Justiça Estadual processar e julgar os crimes de violação de domicílio, dano e de cárcere privado cometidos nesse viés. Já para o Supremo Tribunal Federal, a competência é da Justiça Federal, especialmente do Ministério Público da União, pois a própria União tem a responsabilidade de garantir a incolumidade de agentes e agências consulares, considerando o compromisso de manter as relações diplomáticas com os Estados estrangeiros, com fundamento no artigo 109, IV, da Constituição.
6. O agente diplomático não se confunde com o agente consular. Os agentes consulares desempenham funções administrativas, razão pela qual não usufruem de imunidade diplomática. Em verdade, sua imunidade se restringe a certos atos de ofício, o que se denomina imunidade funcional relativa. Por exemplo, caso o agente consular cometa um crime de homicídio, não fará jus à imunidade. Por outro lado, se praticar um crime funcional, terá direito à imunidade (CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral* (arts. 1º ao 120), 2015, p. 126).
7. TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*, 2006, p. 84.
8. TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*, 2006, p. 84.
9. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral* (arts. 1º ao 120), 2015, p. 126.

impeditiva da punibilidade, pois o fato praticado nessas condições, embora seja típico e antijurídico, não é punível no território nacional¹⁰.

Salienta-se, outrossim, que a imunidade diplomática pertence apenas ao seu titular, de modo que não alcançará o terceiro, sem imunidade, caso seja o crime cometido em concurso de pessoas, aplicando-se-lhe a lei nacional.

Desponta, por fim, como um direito irrenunciável, sendo que o titular não pode se dispor de sua prerrogativa, eis que tal não é conferida em razão da pessoa, mas em razão do cargo. De todo caso, o Estado de origem do diplomata poderá renunciar à imunidade, com fundamento no artigo 32, 1 e 2, do Decreto n. 56.435/1965¹¹.

» **Atenção:**

Em regra, ao crime cometido na sede de embaixada estrangeira situada no território nacional, aplica-se a lei nacional, salvo no caso de agentes diplomáticos, que terão direito à imunidade diplomática, sujeitando-se à lei penal do Estado a que pertencem.

3.3. Imunidades Parlamentares

Os parlamentares, deputados federais e senadores também gozam de imunidades, a fim de que possam desempenhar com plena liberdade sua função enquanto representantes do povo¹².

Assim como as imunidades diplomáticas, as imunidades parlamentares não são um privilégio, mas uma **prerrogativa** referente à função desempenhada por seu titular¹³.

Dividem-se em **absolutas** e **relativas**, conforme será analisado a seguir.

» **Atenção:**

As **imunidades parlamentares** se dividem em **absolutas** e **relativas**.

3.3.1. Imunidades Absolutas (*Freedom of Speech*)

A **imunidade absoluta** também é chamada de **imunidade material, substancial, real**, de **indenidade** ou, do inglês, "*freedom of speech*"¹⁴.

Preceitua o artigo 53 da Constituição que os **deputados federais** e **senadores** são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer opiniões, palavras e votos. Ou seja, com amparo ao exercício legítimo do mandato, os parlamentares são materialmente

10. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral* (arts. 1º ao 120), 2015, p. 126.

11. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral* (arts. 1º ao 120), 2015, p. 127.

12. TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*, 2006, p. 84.

13. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral* (arts. 1º ao 120), 2015, p. 127.

14. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral* (arts. 1º ao 120), 2015, p. 127.

imunes à aplicação da lei penal, de modo que não cometem os chamados **delitos de palavra ou de opinião**.

No escólio de Moura Teles:

“Significa que os parlamentares não cometem os chamados delitos de palavra ou de opinião, neles incluídos os crimes contra a honra (calúnia, difamação, injúria), de incitação ao crime, apologia do crime ou do criminoso, bem aqueles delitos de opinião definidos na Lei de Imprensa e na Lei de Segurança Nacional”¹⁵.

Assinala-se que, de acordo com o entendimento de parte da doutrina, a inviolabilidade absoluta não excluiria somente as responsabilidades civil e penal, mas também se estenderia à responsabilidade administrativa¹⁶.

Salienta-se que os **vereadores** usufruem apenas de imunidade absoluta, de modo que são invioláveis por suas opiniões no exercício do mandato e na circunscrição dos Municípios, de acordo com o disposto no inciso VIII do artigo 29 da Constituição¹⁷. Assim, não são detentores de imunidade relativa, de sorte que a Constituição estadual pode estabelecer a prerrogativa de foro de função.

O Prefeito, por outro lado, não usufrui de imunidade absoluta, embora seja julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado, conforme disposto no inciso X do artigo 29 da Constituição¹⁸.

Ademais, os **deputados estaduais** e **distritais** gozam tanto de imunidade absoluta como de imunidade relativa, seguindo a previsão do §1º do artigo 27 da Lei Fundamental.

No que toca à natureza jurídica, discute-se se a imunidade absoluta consiste em:

- Causa excludente de crime;
- Causa que se opõe à formação do crime;
- Causa funcional de isenção da pena;
- Causa de irresponsabilidade;
- Causa de incapacidade pessoal penal por razões políticas.

Essa reflexão não se restringe somente ao plano teórico, pois também gera reflexos práticos sobre a punibilidade do partícipe, de modo que restará configurada a sua punição se o fato for típico e ilícito, com fundamento da teoria da acessoriedade

15. TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*, 2006, p. 85.

16. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral* (arts. 1º ao 120), 2015, p. 127.

17. “**Art. 29. VIII** – inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município”.

18. “**Art. 29. X** – julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”.

limitada. Para essa corrente, entende-se que essa imunidade é causa que exclui o fato típico ou a ilicitude da conduta do partícipe¹⁹.

Há dissensões, outrossim, sobre os **limites** da imunidade material. Prevalece que, para a sua incidência, deve haver a conexão entre as palavras e opiniões do parlamentar e o exercício de sua função²⁰.

E, segundo o entendimento da jurisprudência, presume-se esse nexos, de modo absoluto, se o parlamentar estiver presente nas dependências do parlamento. Caso esteja fora da casa legislativa, esse elo não será absolutamente presumido, tornando imprescindível a produção de prova para demonstrá-lo²¹.

» **Atenção:**

A **imunidade absoluta**, também chamada de **imunidade material, substancial, real**, de **indenidade** ou, do inglês, “*freedom of speech*”, significa que os parlamentares são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer opiniões, palavras e votos, de modo que não cometem delitos dessa natureza, a exemplo dos crimes contra a honra e de incitação ao crime ou de apologia ao criminoso (art. 53, CF).

3.3.1.1. Presidente da República e Governadores do Estado

A imunidade absoluta não se estende ao Presidente da República. De todo caso, é o Presidente passível de incidir na prática de crime comum ou crime (ato) de responsabilidade.

Em se tratando de crime comum, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Já no caso de crime de responsabilidade, também chamado de impedimento (*impeachment*)²², será julgado pelo Senado Federal.

Em qualquer um dos casos, tanto nas infrações penais comuns como nos crimes de responsabilidade, a acusação contra o Presidente da República deve ser admitida

19. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte geral (arts. 1º ao 120), 2015, p. 128.

20. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte geral (arts. 1º ao 120), 2015, p. 128.

21. **STF, Pleno, Inq. 2813/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 24/06/2010.**

22. Os atos de responsabilidade do Presidente da República e Ministros de Estado são previstos na Lei n. 1.079/50, que regulamenta o artigo 85 da Constituição. Os atos de responsabilidade do Presidente da República se dividem em (arts. 5 a 13): (i) crimes contra a existência da União; (ii) crimes contra o livre exercício dos Poderes Constitucionais; (iii) crimes contra o exercício dos Direitos políticos, individuais e sociais; (iv) crimes contra a segurança interna do país; (v) crimes contra a probidade na Administração; (vi) crimes contra a Lei Orçamentária; (vii) crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos; e (viii) crimes contra o cumprimento das decisões judiciais. Já o artigo 13 trata dos crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado: “São crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado: 1 – os atos definidos nesta lei, quando por eles praticados ou ordenados; 2 – os atos previstos nesta lei que os Ministros assinarem com o Presidente da República ou por ordem deste praticarem; 3 – A falta de comparecimento sem justificação, perante a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, ou qualquer das suas comissões, quando uma ou outra casa do Congresso os convocar para pessoalmente, prestarem informações acerca de assunto previamente determinado; 4 – Não prestarem dentro em trinta dias e sem motivo justo, a qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, as informações que ela lhes solicitar por escrito, ou prestarem-nas com falsidade”.

pela maioria qualificada de 2/3 (dois terços) da Câmara dos Deputados, seguindo o disposto no artigo 86 da Constituição.

Nas infrações penais comuns, o Presidente ficará suspenso de suas funções por 180 dias se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 86, §1º, inciso I). Preceitua o § 3º do artigo 86 que, enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito à prisão.

Da mesma forma, nos atos de responsabilidade, ficará suspenso por igual prazo após a instauração do processo pelo Senado Federal (artigo 86, §1º, inciso II). Nos termos do § 2º do artigo 86, se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

Em havendo condenação do Senado Federal por ato de responsabilidade, a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos da respectiva Casa, se limitará à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único, da Constituição).

De se ver que, durante a vigência de seu mandato, o Presidente não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de sua função, consoante a previsão do §4º do artigo 86 da Magna Carta.

Já no âmbito estadual, a maioria das Constituições praticamente reproduziu a mesma sistemática de processo e julgamento aos Governadores, a despeito de o Supremo Tribunal Federal ter entendido que essas previsões são inconstitucionais, eis que tais são exclusivas do Presidente da República como Chefe de Estado e de Governo.

De todo caso, é certo que, nos crimes comuns, os Governadores de Estado e do Distrito Federal serão processados e julgados, originariamente, pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante disposto no artigo 109, inciso I, *a*, da Lei Fundamental.

3.3.2. *Imunidades Relativas*

A **imunidade parlamentar relativa** também é chamada de **imunidade formal, adjetiva ou processual**, com previsão no artigo 53, §1º, da Constituição.

Refere-se essa imunidade aos seguintes critérios:

- ao foro por prerrogativa de função;
- à prisão;
- ao processo;
- e à condição de testemunha.

Em linhas gerais, essa imunidade se refere a certas prerrogativas processuais conferidas aos parlamentares que são processados e julgados por infrações penais. Passa-se à análise de cada uma dessas prerrogativas.

a) Imunidade Relativa ao Foro

Considerando a relevância da função pública que exercem, certas pessoas têm a prerrogativa de ser processadas e julgadas pela prática de infrações penais diretamente pelo tribunal competente, o que se denomina **foro por prerrogativa de função**, também chamado de **foro especial** ou “**privilegiado**”.

Dispõe o artigo 53, §1º, da Magna Carta que os deputados federais e senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, por infrações penais praticadas antes e depois do início do mandato.

Da interpretação do artigo em comento, infere-se que o foro por prerrogativa de função se inicia com a **diplomação** e perdura até o **fim do mandato** parlamentar.

A diplomação não se confunde com a posse. Com efeito, aquela é o documento expedido pela Justiça Eleitoral que assegura ao parlamentar a posse e o exercício do cargo para o qual fora eleito²³.

Dessa forma, a competência por prerrogativa de função não deve incidir depois de cessado o exercício funcional, a teor da **Súmula 451 do Supremo Tribunal Federal**²⁴.

Em caso de concurso de pessoas, prevalece o entendimento de que a imunidade parlamentar não se estende ao corréu sem prerrogativa, segundo o entendimento tradicional firmado pela **Súmula 245 do Supremo Tribunal Federal**. Logo, o foro especial do parlamentar não se estende ao coautor sem imunidade, impondo-se a separação de processos, de modo que o concorrente será julgado perante o seu juízo natural.

Por outro lado, a própria Suprema Corte já firmou o entendimento de que, no concurso de pessoas entre a pessoa detentora do foro especial e a não detentora, competirá ao Tribunal competente processar e julgar ambos os agentes, havendo a atração, por conexão ou continência, do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função a que tem direito o outro denunciado.

Segundo a **Súmula 704 do Supremo Tribunal Federal**: “*Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*”.

Exemplo: crime praticado por parlamentar em coautoria com publicitário.

23. TELES, Ney Moura. *Direito Penal*: parte geral, 2006, p. 86.

24. Foi cancelada a Súmula 394 do STF, que assegurava à autoridade a prerrogativa por foro de função, mesmo depois de cessado o exercício de cargo ou mandato.

Por sinal, o Pretório Excelso, no processo da Ação Penal n. 470/MG (“Mensalão”), firmou o entendimento, por maioria de votos, pela sua competência para o julgamento conjunto de parlamentares, ex-parlamentares e pessoas não detentoras do foro especial²⁵, com fundamento na conexão²⁶.

Já na “Operação Lava-Jato”, entendeu o Supremo, diante da inexistência de conexão entre os crimes então investigados, em determinar a cisão de processos, mantendo em trâmite na própria Corte (competência originária) somente as investigações das pessoas detentoras de foro especial, enquanto que as investigações das pessoas não detentoras foram encaminhadas à primeira instância da Justiça Federal, no caso, à 13ª Vara Federal de Curitiba²⁷.

Outro caso que gerou polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais diz respeito ao parlamentar que, ciente de que o processo-crime em que figurava como investigado se encontrava na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal, acabou por se renunciar ao mandato na véspera do julgamento, a fim de que o processo fosse remetido ao juízo de primeiro grau, agindo com procrastinação.

Contudo, decidiu a Suprema Corte, no julgamento na Ação Penal n. 396, de que essa hipótese foi propositadamente arquitetada para frustrar a atuação jurisdicional do Estado, configurando “*fraude processual inaceitável*”, de modo que foi mantida a competência originária do STF²⁸.

25. Nesse julgamento, não houve a separação (desmembramento) de processos e do julgamento em primeira instância dos réus não detentores do foro especial. De acordo com a defesa, essa sistemática processual aviltou as garantias individuais destes investigados, sobretudo os direitos fundamentais do juiz natural e do duplo grau de jurisdição. Segundo esse entendimento, a prerrogativa por função só deve ser reconhecida nos casos taxativamente indicados na Constituição, não sendo possível a ampliação da competência originária do STF.

26. **STF, Pleno, Inq. 2.245 QO-QO, Rel Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 06/12/2006.**

27. **“Ementa: AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FORO. DESMEMBRAMENTO DE INVESTIGAÇÕES E AÇÕES PENAIAS. PRERROGATIVA PRÓPRIA DA SUPREMA CORTE.** 1. O Plenário desta Suprema Corte mais de uma vez já decidiu que é de ser tido por afrontoso à competência do STF o ato da autoridade reclamada que desmembrou o inquérito, deslocando o julgamento do parlamentar e prosseguindo quanto aos demais’ (Rcl 1121, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2000, DJ 16-06-2000 PP-00032 EMENT VOL-01995-01 PP-00033). Nessa linha de entendimento, decidiu o Plenário também que, ‘até que esta Suprema Corte procedesse à análise devida, não cabia ao Juízo de primeiro grau, ao deparar-se, nas investigações então conjuntamente realizadas, com suspeitos detentores de prerrogativa de foro – em razão das funções em que se encontravam investidos –, determinar a cisão das investigações e a remessa a esta Suprema Corte da apuração relativa a esses últimos, com o que acabou por usurpar competência que não detinha’ (Rcl 7913 AgR, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2011, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00066). 2. Por outro lado, a atual jurisprudência do STF é no sentido de que as normas constitucionais sobre prerrogativa de foro devem ser interpretadas restritivamente, o que determina o desmembramento do processo criminal sempre que possível, mantendo-se sob a jurisdição especial, em regra e segundo as circunstâncias de cada caso, apenas o que envolva autoridades indicadas na Constituição (Inq 3515 AgR, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2014). 3. No caso, acolhe-se a promoção do Procurador-Geral da República, para determinar o desmembramento dos procedimentos em que constam indícios de envolvimento de parlamentar federal, com a remessa dos demais à primeira instância, aí incluídas as ações penais em andamento.” (STF, Segunda Turma, AP n. 871/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Julgado em: 10/06/2014).

28. **“QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO:**

» **Atenção:**

A **imunidade parlamentar relativa ao foro** é prevista no artigo 53, §1º, da Constituição, sob o fundamento de que os deputados federais e senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, por infrações penais praticadas antes e depois do início do mandato.

b) Imunidade Relativa à Prisão

Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser submetidos à prisão, salvo em flagrante de crime inafiançável (art. 53, §2º, primeira parte, da CF).

Trata-se da imunidade parlamentar relativa à **prisão**, também chamada pelo Supremo Tribunal Federal de “*incoercibilidade pessoal dos congressistas*” ou, do inglês, “*freedom from arrest*”²⁹.

RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, DE INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL, DE CRIME POLÍTICO, DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE CONEXÃO E DE CONTINÊNCIA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE. 1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal. 3. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbra suposta prática de ilícitos penais. Precedentes. 4. O processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritas no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro. 5. O inquérito civil instaurado pelo Ministério Público estadual não se volta à investigação de crime político, sendo inviável a caracterização de qualquer dos fatos investigados como crime político. 6. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. 7. A pluralidade de réus e a necessidade de tramitação mais célere do processo justificam o desmembramento do processo. 8. As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação. 9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento. 10. Preliminares rejeitadas. 11. Ação penal julgada procedente.” (STF, Pleno, AP: 396/R0, Rel(a). Min(a). Cármen Lúcia. Julgado em: 28/10/2010).

29. “O exercício do mandato parlamentar recebeu expressiva tutela jurídica da ordem normativa formalmente substanciada na Constituição Federal de 1988. Dentre as prerrogativas de caráter político-institucional que inerem ao Poder Legislativo e aos que o integram, emerge, com inquestionável relevo jurídico, o instituto da imunidade parlamentar, que se projeta em duas dimensões: a primeira, de ordem material, a consagrar a inviolabilidade dos membros do congresso Nacional, por suas opiniões, palavras e votos (imunidade parlamentar material), e

Com fundamento nessa imunidade, o parlamentar não poderá ser submetido à prisão provisória, ou seja, à prisão em flagrante, à prisão preventiva ou à prisão temporária³⁰, salvo em caso de prisão em flagrante por crime inafiançável³¹.

Vale lembrar que essa imunidade passa a incidir desde a diplomação e subsiste até o fim do mandato parlamentar. E, por diplomação, entende-se o documento expedido pela Justiça Eleitoral que assegura ao parlamentar a posse e o exercício efetivo do cargo para o qual fora eleito.

Excepcionalmente, se realizada a prisão em flagrante por crime inafiançável, os autos serão remetidos dentro de 24 (vinte e quatro horas) à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão (art. 53, §2º, “*in fine*”, do CF).

» **Atenção:**

A **imunidade parlamentar relativa à prisão** também é chamada pelo Supremo Tribunal Federal de “*incoercibilidade pessoal dos congressistas*” ou, do inglês, “*freedom from arrest*”. Neste caso, não poderá o parlamentar, desde a diplomação, ser submetido à prisão provisória, ou seja, à prisão em flagrante, à prisão preventiva ou à prisão temporária, salvo em caso de prisão em flagrante por crime inafiançável (art. 53, §2º, CF).

c) Imunidade Relativa ao Processo

Desde a diplomação, os membros do Congresso Nacional não poderão ser submetidos a processo criminal, salvo com prévia licença de sua casa. Trata-se da **imunidade relativa ao processo**.

Em regra, é prescindível a autorização do Supremo Tribunal Federal para a persecução criminal de parlamentar por crime cometido após a diplomação.

Contudo, pode haver a sustação da ação penal por parte da Casa do Congresso Nacional a que pertence respectivamente o parlamentar. Ou seja, recebida a denúncia contra o senador ou deputado federal, por crime ocorrido após a diplomação, o

a segunda, de caráter formal (imunidade parlamentar formal), a gerar, de um lado, a improcessabilidade dos parlamentares, que só poderão ser submetidos a procedimentos penais acusatórios mediante prévia licença de suas Casas, e, de outro, o estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (“freedom from arrest”), que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável. Dentro do contexto normativo delineado pela Constituição, a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o “due process of law”, a execução de penas privativas da liberdade definitivamente impostas ao membro do Congresso Nacional” (STF, Pleno, Inq. n. 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em: 01/02/1991).

30. Com o advento da Lei n. 12.403/2011, discute-se se a prisão em flagrante persiste como uma das modalidades de prisão cautelar ou provisória.

31. Conforme já estudado, são crimes inafiançáveis: (i) a discriminação e o preconceito, em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; (ii) ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; e (iii) crimes hediondos e assemelhados, incluindo a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

Supremo Tribunal Federal dará ciência à respectiva Casa, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação penal (art. 53, §3º, CF).

O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de 45 (quarenta e cinco) dias do seu recebimento pela mesa diretora (art. 53, §4º, CF).

A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato (art. 53, §5º, CF).

Salienta-se, no entanto, que essa imunidade não se estende aos inquéritos policiais já instaurados contra membros do Congresso Nacional³².

» **Atenção:**

Pela **imunidade relativa ao processo**, os membros do Congresso Nacional não poderão, desde a diplomação, ser submetidos a processo criminal, salvo com prévia licença de sua respectiva Casa.

d) Imunidade Relativa à Condição de Testemunha

Prevalece, em regra, que os parlamentares são obrigados a testemunhar, exceto nos seguintes casos (art. 56, §6º, CF):

- Sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato
- Sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

Salienta-se que, uma vez intimadas, as testemunhas têm o dever de comparecer a juízo para prestar depoimento. Por outro lado, podem os deputados e senadores, nos termos do artigo 221 do Código de Processo Penal, se valer da prerrogativa de agendar dia, horário e local para o depoimento.

Corroborando do entendimento de Rogério Sanches Cunha, essa prerrogativa apenas é conferida enquanto o parlamentar figurar como testemunha, não podendo ser estendida à condição de investigado ou acusado³³.

3.3.3. Foro por Prerrogativa de Função e Tribunal do Júri

Conforme já salientado, detêm certas pessoas da prerrogativa de serem processadas e julgadas pela prática de infrações penais diretamente pelo tribunal competente, o que se denomina **foro por prerrogativa de função** ou **foro especial**, com previsão expressa na Constituição brasileira de 1988.

32. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte geral (arts. 1º ao 120), 2015, p. 132.

33. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte geral (arts. 1º ao 120), 2015, p. 133.

Da mesma forma, proclama o artigo 5º, inciso XXXVIII, “d”, da Constituição o **Tribunal do Júri** tem competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida e os que lhes forem conexos, na forma tentada e consumada.

Assim, se o parlamentar praticar um crime doloso contra a vida, ter-se-á as seguintes situações:

a) Foro Especial na Constituição Federal

Neste caso, será o detentor será julgado pelo **tribunal competente**, porquanto o foro por prerrogativa de função prevalece sobre a competência do Tribunal do Júri neste caso.

Exemplo: homicídio praticado por promotor de justiça, que será processado e julgado perante o respectivo Tribunal de Justiça Estadual.

b) Foro Especial e Constituição Estadual

Diante da ausência de previsão na Constituição Estadual sobre o foro especial, necessariamente será o detentor processado e julgado perante o Tribunal do Júri.

E, ainda que previsto o foro especial – tal como ocorre nas Constituições dos estados do Rio de Janeiro e do Piauí –, prevalecerá a decisão do Conselho de Sentença. A teor da **Súmula 721 do Supremo Tribunal Federal**: “*A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual*”.

Exemplo: homicídio praticado por vereador ou secretário de Governo do Estado de São Paulo, cujo processo e julgamento serão realizados perante o Tribunal do Júri.

QUADRO ESQUEMATIZADO
a) Presidente da República e Governadores de Estado
• Não há imunidade absoluta. • Crimes comuns: será julgado perante o Supremo Tribunal Federal. • Crime de responsabilidade (<i>impeachment</i>): será julgado perante o Senado Federal.
b) Deputados Federais e Senadores da República
• Há imunidade absoluta em âmbito nacional. • Há imunidade relativa. • Crimes comuns: serão julgados perante o Supremo Tribunal Federal.
c) Deputado Estadual

QUADRO ESQUEMATIZADO
• Há imunidade absoluta em âmbito nacional. • Há imunidade relativa. • Crimes comuns: serão julgados perante o Tribunal de Justiça Estadual ou Tribunais Regionais Federais, salvo em caso de crimes eleitorais (Tribunal Regional Eleitoral).
d) Vereador
• Há imunidade absoluta restrita à circunscrição do Município, referente às palavras e opiniões proferidas no exercício do mandato. • Não há imunidade relativa, embora a Constituição estadual possa estabelecer prerrogativa por foro de função. • Crimes comuns: serão julgados perante o órgão de primeiro grau. Exceção: nos estados do Rio de Janeiro e do Piauí, serão julgados perante o Tribunal competente, tendo em vista que as respectivas Constituições instituíram o foro por prerrogativa de função.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

1. DOCTRINA DO DIREITO PENAL DO MENOR

Precipuamente, o Código Criminal do Império (1830), o Código Penal Republicano (1890) e o Código de Menores de 1927 se inspiraram na **doutrina do Direito Penal do Menor**.

Essa doutrina enfatizava o tema infanto-juvenil exclusivamente sob o prisma da **delinquência**, a ponto de disciplinar normas de proteção penal.

1.1. Código Criminal do Império (1830)

O Código Criminal do Império (1830) trazia a responsabilidade penal dos menores, a ponto de classificá-la em quatro grupos, com base na idade (**critério cronológico**) e no grau de discernimento (**critério de discernimento**).

Pelo **critério cronológico**, a imputabilidade penal era atingida a partir dos 21 anos.

Já pelo **critério do discernimento**, o menor de 14 anos seria reconhecido como imputável, a ponto de receber penas corporais, caso praticasse o fato delituoso com consciência e capacidade de entendimento.

1.2. Código Penal Republicano (1890)

O Código Penal Republicano (1890) alterou o panorama do Código Criminal do Império (1830), pois afastou a imputabilidade dos menores de 9 anos de idade.

Ademais, passou a prever que os maiores entre 9 e 14 anos de idade que praticassem ilícitos com discernimento de sua conduta, fossem encaminhados a estabelecimentos disciplinares industriais.

1.3. Código de Menores de 1927

No Brasil, o primeiro Código de Menores exsurgiu em 1927. O mencionado Código tratou unicamente das medidas aplicáveis aos menores de 18 anos que praticassem fatos considerados como infrações penais.

Nada obstante, já trazia resquícios da **doutrina do menor em situação irregular**, pelos seguintes motivos: (i) estabelecia medidas de assistência ao menor abandonado; e (ii) passou a proibir o trabalho do menor de 12 anos e o trabalho noturno do menor de 18 anos.

2. DOCTRINA DO MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR

Nos idos dos anos 70, já existiam, no Direito comparado, diversos tratados e diplomas legislativos embasados na doutrina do menor em situação irregular.

Em 1979, exsurgiu outro Código de Menores (Lei n. 6.697) no Brasil, a ponto privilegiar a **doutrina do menor em situação irregular**, rompendo com a doutrina do Direito Penal do menor.

Em linhas gerais, o Código de Menores de 1979 passou a conferir proteção somente nas situações em que o menor não estivesse nos padrões sociais normais – daí a razão da referência à doutrina do menor em situação irregular.

Em suma, o Código de Menores de 1979 passou a proteger: **(i)** o menor carente, abandonado e infrator; e **(ii)** o menor que estivesse em situação irregular.

Em que pesem os avanços científicos e legislativos no cenário nacional, o mencionado Código ainda não havia trazido a proteção integral do menor.

3. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Em nível global, a doutrina da proteção integral encontra acolhida em diversos tratados internacionais de direitos humanos, dentre os quais:

a) Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

Proclama o direito a cuidados e assistências especiais aos menores.

b) Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989

c) **Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (1969)**, que dispõe que toda criança tem direitos às medidas de proteção que sua condição de menor requer, seja por parte da sociedade e da família, seja pelo Estado.

d) **Regras de Beijing (Resolução 40 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 29 de novembro de 1985)**, que estabelece as Regras Mínimas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude.

4. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E LEI N. 8.069/1990

Em nível nacional, a Constituição brasileira de 1988 consagra a proteção a grupos de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social, dentre os quais:

- as crianças e adolescentes (Lei n. 8.069 - ECA)
- aos idosos (Lei n. 10741 – Estatuto do Idoso)
- a juventude (Lei n. 12.852 – Estatuto da Juventude)

Com relação à proteção das crianças e dos adolescentes, a Lei Fundamental e a Lei n. 8.069 (ECA) privilegiam os seguintes princípios:

- **princípio da prioridade absoluta** (da primazia absoluta ou do melhor interesse);
- e **princípio da proteção integral**.

5. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

Esse princípio tem como previsão legal:

Constituição Federal

*“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”*

ECA

*“Art. 4. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com **absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.*

Parágrafo único: A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias.
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública.
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas.
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 100. Na aplicação das medidas (de proteção) levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários:

Parágrafo único: São também princípios que regem a aplicação das medidas:

II – proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares (**princípio da proteção integral**)

III – responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos Direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das três esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade de execução de programas por entidades não governamentais (**princípio da responsabilidade primária e solidária**)

IV – interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for

devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto (prioridade absoluta)."

6. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Pela doutrina da proteção integral, as crianças e adolescentes encontram-se em **posição de igualdade** com os adultos, eis que vistos como pessoa humana, a ponto de serem titulares de direitos subjetivos que podem ser exigidos judicialmente.

Esse princípio tem como previsão legal:

ECA

*"Art. 1. Esta Lei dispõe sobre a **proteção integral** à criança e ao adolescente.*

*Art. 3. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da **proteção integral** de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*

Art. 100. Na aplicação das medidas (de proteção) levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários:

Parágrafo único: *São também princípios que regem a aplicação das medidas:*

II – proteção integral e prioritária: *a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares.*

7. REFLEXÕES SOBRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A maioridade penal é prevista tanto na Constituição brasileira de 1988 como no Código Penal. Nada obstante, atualmente discute-se se é possível a redução da maioridade penal, de modo que a análise do tema perpassa pela ótica constitucional e dos direitos fundamentais, havendo as seguintes correntes doutrinárias:

7.1. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

a) Fundamentos Constitucionais

O artigo 228 da Magna Carta, que trata da maioridade penal como um **direito fundamental material**, é **extensão** da cláusula pétrea (artigo 5º da Constituição), de modo que **não é possível** a redução da maioridade penal, sob pena de supressão dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em desenvolvimento, pelos seguintes fundamentos:

1. Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, tais quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou "Pacto de São José da Costa Rica" (1969), e Regras de Beijing;

2. os direitos fundamentais são uma conquista histórica das mais diversas dimensões (**dimensões de direitos fundamentais**), proibindo-se, portanto, qualquer retrocesso na proteção desses direitos, em homenagem ao princípio da proibição ao retrocesso (efeito “*cliquet*”);
3. princípios da prioridade absoluta (da primazia absoluta ou do melhor interesse) e da proteção integral, bem como diversos direitos fundamentais resguardados à criança e ao adolescente;
4. não se admite a alteração da Lei Fundamental por emenda constitucional tendente a abolir ou suprimir qualquer direito fundamental.

b) Fundamentos Penais

Atualmente, as **Propostas de Emenda Constitucional n. 171/1993 e n. 32/2012** pretendem alterar a redação do artigo 228 da Constituição, a fim de que seja reduzida a imputabilidade penal do maior aos 16 anos, unicamente para os **crimes hediondos (estupro, sequestro, latrocínio, homicídio qualificado, entre outros), homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte** - embora tenha afastado, de acordo com a proposta inicial, os crimes de roubo qualificado, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e lesão corporal grave.

A PEC n. 32/2012 também busca implementar o malfadado “**incidente de desconsideração da imputabilidade penal**”.

Nada obstante, da forma como proposta, a redução da maioridade penal apresenta **incongruências sistêmicas**, pelos seguintes fundamentos:

1. a redução destinar-se-ia somente aos infratores com idade a partir de 16 anos e que tenham praticado crimes de caráter hediondo. Por outro lado, manter-se-ia a idade de até 18 anos incompletos para a responsabilização daqueles que tenham praticado atos infracionais comuns.

Assim, em uma mesma faixa etária (leia-se, 16 anos), o indivíduo teria, aos crimes hediondos, o discernimento de entender o caráter ilícito do fato e a capacidade de comportar-se de acordo com esse entendimento, a ponto de praticar **infração penal**, ao passo que, às infrações penais comuns, não reuniria tais condições e, assim, ausente sua culpabilidade, a ponto de responder unicamente por atos infracionais. Haveria, portanto, uma incongruência sistêmico-dogmática no campo da culpabilidade – aqui compreendida como um dos elementos do conceito analítico (dogmático) de crime à luz da escola finalista da ação;

2. da forma como proposta, a redução ensejaria a punição unicamente dos crimes hediondos e certas infrações praticadas mediante violência ou grave ameaça, que geralmente ocorrem na perspectiva da criminalidade de uma parcela menos favorecida do povo. Assim, deixou a proposta de prever a punição da

criminalidade que pode ser perpetrada por uma camada **social mais favorecida**, a exemplo dos **crimes de trânsito**.

3. nas perspectivas criminológicas e de política criminal, estatisticamente os atos infracionais equivalentes aos crimes hediondos não chegam a, ao menos, 1% (um por cento) da criminalidade, a ponto de não justificar a redução da maioridade penal neste caso;
4. há de se aprimorar a qualidade e o tempo de cumprimento das medidas socioeducativas;
5. prioriza-se pela otimização plena da **Lei do SINASE (Lei nº. 12.594/2012)**, que institui o **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**, a ponto de melhor propiciar a **recomposição dos danos** e a **justiça restaurativa**, além de aprimorar a forma de cumprimento das medidas socioeducativas às crianças e adolescentes em conflito com a lei.

Nessa perspectiva, parlamentares dissidentes à redução da maioridade penal já apresentaram proposta para o aprimoramento das medidas socioeducativas, visando à ampliação, nos **crimes hediondos**, do **prazo máximo de internação** dos menores infratores de 3 (três) para 10 (dez) anos, além da escolarização, profissionalização e trabalho externo mediante autorização da Justiça.

6. ensejaria a **superlotação do sistema carcerário**, a ponto de tornar sua estrutura ainda mais prejudicada. Por conseguinte, sabe-se que, na prática, não se cumpre a pena dentro dos parâmetros impostos pela lei, com arrepio ao princípio da humanização das penas.

Ademais, essa política contribuiria para maiores influências de facções e grupos criminosos em penitenciárias. Paradoxalmente, o próprio Estado ensejaria o aumento populacional da “escola do crime”, com um evidente ciclo vicioso no intento de socialização do infrator.

7.2. Argumentos Favoráveis

a) Fundamentos Constitucionais

Outra parte da doutrina, que se subdivide em duas correntes, entende ser viável a redução da maioridade penal, pelos seguintes motivos:

- **1ª corrente:**

Subjaz no artigo 228 da Constituição brasileira de 1988 um direito fundamental em extensão à cláusula pétrea, mas que permite modificação, já que é meramente uma complementação e não se apresenta como um cerne duro da Lei Fundamental.

- **2ª corrente:**

O artigo 228 da Constituição brasileira de 1988 trata de matéria pertinente à **legislação ordinária**, de modo que, por opção do constituinte, não foi elencada no contexto dos direitos e garantias individuais em sentido material, mas no capítulo da família, da criança, do adolescente e do idoso. Logo, é possível a alteração da imputabilidade penal do maior por meio de emenda constitucional, a exemplo da **PEC 171/1993**, pois o artigo 228 da Magna Carta não é uma extensão dos direitos e garantias fundamentais em sentido material previstos no art. 5º, tido como cláusula pétrea.

Exemplificativamente, seria o mesmo caso que a **proibição de identificação criminal para o civilmente identificado** ou o **julgamento para o tribunal do júri**, que são garantias fundamentais elencados no art. 5º, conquanto não façam parte dos direitos fundamentais em sentido material reconhecidos internacionalmente.

Nesse sentido, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

*“Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias humanas fundamentais soltos em outros trechos da Carta, por isso também **cláusulas pétreas**, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, §4º, IV, CF, pois sabe-se que há “Direitos e garantias de conteúdo material” e “Direitos e garantias de conteúdo formal”. O simples fato de ser introduzida no texto da Constituição Federal como **direito e garantia fundamental** é suficiente para transformá-la, formalmente, como tal, embora possa não ser assim considerada materialmente. É o caso da proibição de identificação criminal para o civilmente identificado ou mesmo para o julgamento pelo tribunal do júri, que são garantias fundamentais apenas porque foram colocados dentro do art. 5º, embora não façam parte de direitos internacionalmente reconhecidos como **fundamentais** – como diz Pontes de Miranda, os **supra-estatais**, aqueles que procedem do direito das gentes, o direito humano no mais alto grau [...]”¹.*

Passa-se, doravante, à análise dos fundamentos penais dessa corrente.

b) Fundamentos Penais

Segundo Nucci, faz-se necessária a redução da maioridade penal não como o único instrumento para o combate da criminalidade, mas meramente pela **melhor adaptação da lei penal à realidade social**, pelos seguintes motivos:

1. trata-se de uma **imposição natural** na **perspectiva sociológica**, a despeito da **psicologia** considerar que, a partir de um padrão mediano, a maturidade e a personalidade da pessoa possam ser analisadas a partir dos 18 anos, cuja faixa etária possibilita diagnosticar eventual desvio de personalidade ou comportamental.
2. separação entre o local de cumprimento de pena para os maiores de 18 anos e para os **menores que forem considerados imputáveis**, visando ao melhor

1. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 2009, p. 313.

cumprimento da pena e, assim, evitar influências de facções ou grupos criminosos neste viés;

3. adoção do **critério misto** em detrimento do critério cronológico. Para Nucci:

“[...] Do mesmo modo que se verifica a sanidade de alguém por intermédio de perícia, poder-se-ia fazer o mesmo quanto aos maiores de 14 ou 16 anos. Se fossem considerados aptos a compreender o ilícito, deveriam ser declarados imputáveis, ainda que tenham tratamento especial em jurisdição específica, se for preciso.”².

4. e, pelo atual panorama legal, a condição do maior de 18 e menor de 21 anos afigura-se como uma **atenuante** (art. 65, I, CP). Assim, seria cabível a submissão desse grupo de infratores a **tratamento especial**, ou seja, em presídios separados dos **maiores de 21 anos**³.

Nesse sentido, apontam-se as seguintes previsões:

- anteprojeto de Código Penal elaborado por Nelson Hungria, após a edição do Código Penal de 1940;
- art. 50 do Código Penal Militar, embora não seja permitida sua aplicação por vedação expressa do art. 228 da Constituição.

8. CONCLUSÕES

A nosso sentir, a redução da maioridade penal não deve ser encarada como um mecanismo para o tratamento da delinquência infantojuvenil, pois não pode o Direito Penal se encarregar dessa missão, já que tal política legislativa escapa da função instrumental (exclusiva proteção de bem jurídico), em homenagem aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. Caso contrário, enaltecendo-se, equivocadamente, um Direito Penal exclusivamente emergencial, simbólico e de efeito pedagógico.

Logo, antes mesmo da resposta penal, deve o Estado arcar integralmente com as políticas públicas de otimização e concretização dos direitos da criança e do adolescente, geralmente direitos públicos subjetivos e de caráter universal, a exemplo do direito à saúde, ao esporte, ao lazer, à educação, e acima de tudo, à vida familiar, a ponto de garantir seu pleno desenvolvimento em sociedade. A vida das futuras gerações encontra-se na liberdade social, com possibilidade de escolhas profissionais e das mais diversas nuances, e não na restrição imposta “atrás das grades”.

E, mesmo que se admitisse a redução, tal política somente seria eficiente em um sistema penal e penitenciário desenvolvido, que propiciasse, de fato, o atendimento

2. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 2009, p. 313.

3. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 2009, p. 314.

às funções da pena (prevenção, retribuição e socialização à luz da teoria limitadora de direitos fundamentais).

Decerto, sob o ângulo constitucional, o artigo 228 da Constituição não é um direito fundamental material, mas meramente uma indicação do constituinte ao legislador infraconstitucional em matéria penal. Até porque, em respeito ao Direito Penal mínimo, não cabe ao constituinte legislar em matéria criminal, mas apenas sinalizar os temas mais pertinentes à luz do Estado de Direito. Logo, é da União e, excepcionalmente dos Estados, a competência para legislar nessa seara.

Ademais, na perspectiva da criminologia e do Direito Penal, reconhece-se que o adolescente, nos dias atuais, tem condições de entender o caráter ilícito fato, por uma imposição naturalmente sociológica, principalmente desenvolvida com os meios tecnológicos e de comunicação de massa.

Nada obstante, devido à famigerada situação em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, a redução da maioridade se revelaria uma medida falha e equivocada.

» **Curiosidade:**

A Lei nº 13.441/17 alterou a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na *internet* com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente.

COMBATE À CORRUPÇÃO E ÀS NOVAS FORMAS DE CRIMINALIDADE

1. TEORIAS CONSTITUCIONAIS DA “GRAXA SOBRE RODAS”, DO “ESTADO DO VAMPIRO”, DA “BOLA DE NEVE” E DO “VÉU DA IGNORÂNCIA”

As teorias da “graxa sobre rodas” e do “Estado do Vampiro” são de natureza constitucional, embora guardam íntima relação com o Direito Penal, pois tratam do combate à corrupção.

A **teoria da graxa sobre rodas** considera a corrupção como um aspecto positivo, pois o comportamento corruptivo seria uma “roda com graxa”, permitindo o funcionamento e o crescimento do sistema econômico, ou seja, da engrenagem do capitalismo e da economia.

Entendemos, no entanto, que essa teoria não deve prosperar, pois não se justifica, à luz do Estado Democrático de Direito, a tolerância à prática da corrupção para a manutenção do sistema econômico.

Por outro lado, a **teoria do “Estado do Vampiro”** significa que os agentes corruptos, comparados como “vampiros”, atuam sob as vestes do Estado e, valendo-se de uma “democracia de fachada”, “sugam” ou desviam, por meios ilícitos e engenhosos, recursos financeiros, para si ou para outrem, deixando de convertê-los em benefício do povo e da própria política estatal. Assim, passam os agentes corruptos a impressão de que tudo é realizado dentro da legalidade ou da constitucionalidade.

Invocando o entendimento de Fabiano Furlan, discorre Clayton Medeiros:

“Fabiano Ferreira FURLAN contribui ao tratar da corrupção política e o Estado Democrático de Direito, ao referir-se ao Estado Cleptocrático de Direito, como sendo aquele que assume paulatinamente uma versão cleptocrática com uma fachada democrática, o que se chama de ‘Estado de Vampiro’. O Estado Cleptocrático pode ser considerado como contrário ao verdadeiro Estado Democrático de Direito, naquele não se pode perceber o exercício da boa administração, mesmo estando sob a suposta submissão o Direito. Poderia ser este, talvez, um ‘conceito negativo’ de boa administração.”¹.

1. MEDEIROS, Clayton Gomes de. *Da boa administração pública - princípio e Direito fundamental: breves elementos para sua concretização*, 2015, p. 31.

Atuam os “vampiros”, em linhas gerais, no Estado Cleptocrático de Direito, no qual há uma classe cleptocrática que se apropria do governo para o autoenriquecimento ou de um grupo restrito de pessoas. Logo, o Estado Cleptocrático se opõe ao Estado Democrático de Direito e, via de consequência, à boa administração.

A **teoria da “bola de neve”**, por sua vez, significa que a prática de corrupção atrai, em qualquer grau e instância do Estado e da sociedade, o cometimento de mais corrupção.

Por fim, a **teoria do “véu da ignorância”** significa que o indivíduo que integra a sociedade desconhece, em um primeiro momento, a sua função no pacto social e, ao mesmo tempo, suas aptidões físicas e intelectuais a serem desempenhadas em sociedade.

Há um contrato social que trata das estruturas sociais básicas (v.g., das liberdades e da estrutura econômica), mas não se sabe ao certo a função que cada pessoa assumirá dentro da sociedade. Vale dizer, a pessoa não tem o conhecimento acerca da porção de bens primários que conquistará na vida em coletividade.

» **Observação:**

Ressalta-se que, recentemente, passou-se a discutir acerca do reconhecimento da **imprescritibilidade** do crime de **corrupção**. Exemplificativamente, a Justiça argentina entendeu que esses crimes são imprescritíveis, independentemente de regulamentação da Constituição ou de qualquer outro diploma legal, sob o fundamento de que a corrupção atenta contra a democracia e os direitos humanos em geral.

Cumprе salientar que, no Brasil, o projeto de lei referente às “**10 Medidas contra a Corrupção**” propõe elevar o crime de corrupção a caráter hediondo, equiparando-a aos crimes contra a vida, eis que deságua na eliminação de vidas por meio do desvio de recursos. Consequentemente, propõe-se maior rigor no enfrentamento dessa espécie delitiva, com o escopo de dificultar a ocorrência da prescrição e a concessão de benefícios durante a execução da pena.

2. AÇÕES NEUTRAS

2.1. Noção Conceitual

Historicamente, a cumplicidade através de ações neutras não é um temário inédito, eis que já ventilada em diversos estudos científicos do Direito Penal, embora com fundamentos *en passant* e geralmente relacionada com outros institutos. Nada obstante, ganhou prestígio doutrinário a partir da década de 90, tornando-se objeto de discussão autônoma pelo desenvolvimento de teorias específicas para o seu tratamento².

2. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 20-21. Para maiores detalhes, cf. VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Ações neutras e crimes de responsabilidade dos prefeitos no Decreto-Lei nº 201/67*, 2017.

As ações neutras são condutas que, a rigor, aparentam ser socialmente cotidianas e inofensivas, mas que podem ser úteis ao ponto de facilitar ou auxiliar a prática de um delito de terceiro (fato principal), razão pela qual tem se refletido sobre a possibilidade de punição da participação (cumplicidade) neste quadro.³ Em miúdos, é como se o indivíduo, ao praticar uma ação cotidiana e aparentemente neutra, perseguindo fins próprios e independentes, contribuísse para o cometimento de uma ulterior infração penal por parte de terceiro⁴.

Para Luís Greco, “*chamaremos de ‘neutras’ aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais.*”. Ou seja, “*ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis.*”⁵.

Etimologicamente, “*neutro*” refere-se às contribuições que permanecem à margem do castigo penal, sendo o oposto de “*punível*”⁶. Destarte, as ações neutras poderiam ser reputadas “*ações de cumplicidade*”⁷.

Exemplificativamente, apontam-se, os seguintes casos:

- o vendedor que entrega uma chave de fenda ao autor, com conhecimento de que este a utilizará para a prática de um roubo;

3. Por cumplicidade, entende-se a contribuição ou auxílio para que terceiro cometa um fato típico e antijurídico. Auxílio é qualquer ação que facilite ou assegure a prática da ação principal, decorrendo da denominada acesoriedade limitada da participação, no sentido de que toda participação pressupõe a existência de uma ação principal ao menos típica e antijurídica. O auxílio pode ocorrer de forma material (ou física) ou psíquica. No Direito Penal brasileiro, seguindo-se o disposto no artigo 29, *caput*, do Código Penal, não se exige dolo duplo para configuração da cumplicidade, ao contrário do Direito Penal alemão. Mesmo tendo o Código Penal privilegiado a teoria unitária, Greco parte de um conceito restritivo de autor, diferenciando autoria da participação (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 07-09; RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro*, 2012, p. 18; BLANCO CORDERO, p. 02 *apud* ABRALDES, Sandro Fabio. CERESO MIR, José (Prefaciador). *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 303, nota de rodapé, item 39).
4. Cf. AMBOS, Kai. *La complicitad a través de acciones cotidianas o externamente neutra*, p. 23-32; AMBOS, p. 196 *apud* ABRALDES, Sandro Fabio. CERESO MIR, José. *Delito imprudente y principio de confianza*, p. 303, nota de rodapé, item 40.
5. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 110.
6. Cf. LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La complicitad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros*, 2002, p. 03-04.
7. Para Greco: “1. A confusão existente a respeito do tratamento de contribuições neutras para fatos delituosos de terceiros deriva da falta de clareza com que foi colocado o problema, em especial, da inexistência de consenso a respeito dos fundamentos da não punição. 2. Por ação neutra entende-se toda contribuição não manifestamente punível para fato ilícito alheio. 3. O problema das ações neutras deve ser resolvido no tipo objetivo da cumplicidade, especificamente, na valoração do risco criado como juridicamente desaprovado ou permitido. 4. O princípio da proporcionalidade, principalmente o seu sub-princípio, da idoneidade, pode ser utilizado como diretriz de interpretação para restringir o alcance do tipo objetivo da cumplicidade. 5. Assim, contribuições que podem ser obtidas em qualquer outro lugar, de qualquer outra pessoa que age lícitamente, sem qualquer ulterior dificuldade para o autor principal, não podem considerar-se proibidas, porque tal proibição seria inidônea para proteger o bem jurídico concreto. Ocorre que, se a proibição melhorar de modo relevante a situação do bem jurídico, dificultando de alguma forma a sua lesão, já será ela legítima, e o risco criado juridicamente desaprovado” (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 169-70).

- a conduta do padeiro que vende o pão ao autor, com o conhecimento de que este cometerá um crime de homicídio;
- se o vendedor de fósforos seria cúmplice de um incêndio;
- a conduta do funcionário de um banco que, a pedido do cliente, transfere seu capital ao exterior, com o conhecimento de que o próprio cliente não pagará os impostos devidos;
- e o comerciante, no exercício do seu trabalho, vende um machado ao autor, com a consciência de que este praticará um crime⁸.

Nessa senda, tem a doutrina apresentado as mais diversas teorias que propõem soluções à cumplicidade através de ações neutras, a saber:

- a ideia de violação de um papel;
- a solidarização com o autor principal;
- a distinção entre dolo direto e dolo eventual;
- considerações sobre a omissão de socorro;
- e o dever de solidariedade⁹.

Sob o ângulo do Direito Penal brasileiro, destacam-se duas teorias: **(i)** a da análise da cumplicidade através de ações neutras na perspectiva do princípio da proporcionalidade e do critério da idoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico concreto, proposta por Luís Greco; e **(ii)** a da avaliação a partir do dever de solidariedade, sugerida por Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi¹⁰.

Certo é que, em ambos os casos, as ações neutras guardam relação umbilical com a imputação objetiva, em virtude da releitura dos critérios de interpretação do tipo objetivo, a ponto de considerar a participação como um incremento ou aumento do risco permitido no fato principal praticado pelo autor.

Registra-se, de antemão, que há certa margem para a adoção da imputação objetiva no Direito Penal brasileiro, podendo ser considerada, em matéria de nexos causal, uma alternativa às teorias da equivalência das condições (artigo 13, *caput*, do Código Penal) e da causalidade adequada (artigo 13, § 1º, do mesmo diploma

8. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 19; GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 2007, p. 72; AMBOS, Kai. *La complicitad a través de acciones cotidianas o externamente neutras.*, p. 196; AMBOS, p. 196 *apud* ABRALDES, Sandro Fabio. CEREZO MIR, José. *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 303, nota de rodapé, item 40.

9. A maioria dessas propostas é mencionada por Luís Greco (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 2007, p. 72). Já João Daniel Rassi perfilha da teoria que trata do dever de solidariedade (RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro*, 2012).

10. Recentemente, a tese de doutoramento de Rassi foi publicada em forma de obra, cf. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro*, 2014.

legal). Decerto, a imputação objetiva opera com o ideário de risco, trazendo soluções satisfatórias tanto para o combate das novas formas de criminalidade como para punição das novas modalidades de autoria e participação.

Em linhas gerais, a imputação objetiva propicia importantes inovações na dogmática penal, tais quais:

- enfatiza a concepção de risco;
- confere uma segurança mais acurada na análise da tipicidade objetiva;
- fornece uma melhor delimitação do nexo causal;
- transmuda o delito negligente ao tipo objetivo, colocando fim às críticas sobre a ausência de subjetividade nos delitos “culposos” no finalismo;
- apresenta critérios normativos que não entram em conflito com o Código Penal brasileiro, embora muitos deles não encontram previsão legal;
- propõe a adoção do princípio da confiança, propiciando uma análise pormenorizada da relação entre risco e confiança na sociedade hodierna;
- e sugere uma releitura na punição das novas formas de autoria e participação, como no caso da cumplicidade através de ações neutras e da cegueira deliberada.

Feitas essas considerações, faz-mister analisar os fundamentos dogmáticos das duas teorias de ações neutras que se tornaram objeto de reflexão no Direito Penal pátrio.

2.2. Um Primeiro Enfoque: Proporcionalidade e Idoneidade da Proibição para Melhorar a Situação do Bem Jurídico Concreto

As mais diversas teorias se dedicam ao estudo das ações neutras, havendo um verdadeiro “*caleidoscópio de soluções*”, embora todas elas não proponham o enfoque preciso e minucioso no tratamento do tema.

Em uma concepção moderna, sugere Luís Greco a compreensão dos seguintes pontos sobre o tema:

- a definição de um conceito de ações neutras, que seja aplicável tanto aos casos que não pairam dúvidas como aos casos-limite;
- a explicação do motivo de certas ações neutras serem isentas de pena;
- e a determinação de critérios que levam a não punição das ações neutras¹¹.

11. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 105.

Exemplificativamente, Greco cita os seguintes casos que podem suscitar discussões sobre a autoria e a participação:

- o amigo entrega um machado ao autor, com o conhecimento de que este cometerá um crime;
- e o comerciante vende o machado ao autor, com a consciência de que este se enveredará à conduta delituosa¹². Indaga-se se os dois casos, embora semelhantes, devem levar a soluções diferentes, pois a tendência é a de que o amigo seja considerado cúmplice, enquanto que o comerciante não deve se sujeitar a qualquer punição.

Certo é que a doutrina procurava solucionar esses problemas a partir das seguintes teorias clássicas:

- a adequação social;
- a proibição de regresso;
- o princípio da confiança;
- e o princípio da insignificância¹³.

Primeiramente, a teoria da adequação social¹⁴ não seria um instrumento apto a resolver os casos de cumplicidade através de ações neutras, pelos seguintes motivos:

- Welzel, considerado o corifeu da adequação social, mudou de posicionamento por diversas vezes sobre tal teoria, tanto com relação à função do conceito de adequação social – envolvendo o problema do tipo ou da antijuridicidade –, como ao seu conteúdo – como causa de exclusão do tipo ou da antijuridicidade ou como mero princípio de interpretação;
- e atualmente, a doutrina majoritária recusa amplamente a adequação social, chegando a concebê-la, no máximo, como princípio interpretativo, pois a reputa como excessivamente imprecisa – já que ninguém sabe ao certo o que seria socialmente adequado ou inadequado –, além de já existirem outras teorias melhor desenvolvidas e apropriadas para solucionar as problemáticas advindas neste viés, tais como a teoria da imputação objetiva e o princípio da insignificância¹⁵.

12. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 20.

13. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 20-32.

14. Obtempera Greco: “Quando falamos em ações neutras, a primeira idéia que vem à cabeça, quase de modo automático, é a da adequação social. Pois nada há de mais natural que identificar ações neutras com ações socialmente adequadas [...]” (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 21).

15. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 21-24.

No mesmo sentido, a proibição de regresso, seja em sua concepção antiga seja na mais moderna à luz da imputação objetiva, não apresenta solução à problemática da cumplicidade através de ações neutras¹⁶.

Ademais, o princípio da insignificância encontra contradições na solução da cumplicidade através de ações neutras, pelos seguintes motivos:

- os casos de cumplicidade através de ações neutras apresentam uma carga de desvalor problemática e controversa, não podendo ser avaliados de *prima facie*;
- e há discussões sobre até em que medida seria possível aplicar tal princípio à participação de maior gravidade, a exemplo dos crimes dolosos contra a vida¹⁷.

O princípio da confiança, por sua vez, desponta como um instrumento aparentemente apto a solucionar os casos de cumplicidade através de ações neutras, haja vista que, *a priori*, um indivíduo poderia confiar no comportamento cuidadoso de terceiro na vida social¹⁸. Complementa Abraldes que, quem vende a outrem uma arma de fogo ou uma substância venenosa, não infringe o cuidado objetivamente devido

16. Neste caso, afasta-se a sua versão clássica pelos seguintes motivos: (i) a doutrina já superou a ideia da interrupção do nexo causal; e (ii) trata unicamente de isentar a responsabilidade de quem age culposamente, enquanto na maior parte dos casos de cumplicidade, o cúmplice age com dolo. Também rechaça-se a sua construção mais moderna, pelas seguintes razões: (i) traz modificações que pouco guardam relação com o clássico conceito de proibição de regresso; e (ii) os autores ainda insistem em restringir a incidência da proibição de regresso ao âmbito da contribuição culposa e, mesmo quando aplicada tanto à contribuição culposa como a dolosa, buscam precisar o conteúdo do conceito de proibição de regresso (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 24-7).
17. Preconiza Greco: “Outro princípio que talvez nos pudesse fornecer alguma luz seria o da insignificância. Rogat, inclusive, recorre expressamente a este princípio para solucionar o problema das ações neutras. Segundo este princípio, o ilícito penal, como ilícito especialmente qualificado, ilícito a que o Estado comina uma pena, deve apresentar certa gravidade. Só as agressões mais intensas aos bens jurídicos mais valiosos consistirão ilícito penal. Daí decorreria que os tipos devem ser interpretados restritivamente, de modo a retirar de seu campo de aplicação aquelas atividades penalmente irrelevantes. A doutrina moderna parece considerar este princípio uma máxima geral de interpretação, de importância, porém, bastante modesta, por motivo de seu baixo grau de precisão. Ele serviria, assim, principalmente para excluir do campo dos tipos aquelas condutas e resultados que, já *prima facie*, sem qualquer sombra de dúvida, carecem de qualquer carga de desvalor” (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 30-1).
18. Assinala Cirino dos Santos: “Enfim, o princípio da confiança permite definir como adequadas ao dever de cuidado ou ao risco permitido ações que podem se relacionar com fatos dolosos de terceiros, como a venda de armas de fogo, de bebidas alcoólicas etc., porque a exigência de omitir ações hipoteticamente relacionadas a crimes futuros teria igual efeito inviabilizador da vida social moderna que a renúncia à circulação de veículos, por exemplo. Exceções seriam as hipóteses de promoção de disposição reconhecível para fato doloso, mediante contribuições causais imprudentes, como entregar faca a participante de briga (com a qual comete homicídio); entregar veneno, em condições suspeitas, ao amante (que envenena a esposa); emprestar espingarda a amigo, cujas intenções agressivas são reconhecíveis pela observação atenta de certas indicações (que comete homicídio); retirar-se a mãe da casa, durante parto de filha solteira, sendo previsível infanticídio se a parturiente for deixada sozinha (que mata o próprio filho): em todas essas hipóteses, o conceito unitário de autor de fato imprudente determina a punição por homicídio imprudente (na última hipótese, cometido por omissão) — e não por participação imprudente em fato doloso -, porque a ação não é coberta pelo princípio da confiança” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*, 2008, p. 180-81, grifo do autor).

se não conhecia nem podia conhecer a propensão do comprador à prática do delito¹⁹. Dessarte, se alguém não previu nem podia prever que o comprador iria cometer um delito doloso, este alguém poderia invocar o princípio da confiança.²⁰

Contudo, o princípio da confiança pode apresentar limitações no campo das ações neutras, a ponto de não trazer soluções, pois, se há indícios concretos de que alguém tem a cognoscibilidade de que terceiro tem a intenção de praticar uma infração penal, daí aquele incorrerá em participação punível pelo delito perpetrado por outrem, vez que o primeiro não pode confiar na conduta cuidadosa por parte do segundo²¹, restando proibido os casos de ações neutras em quase sua totalidade. A título de ilustração, figura como partícipe o padeiro que vende o pão ao autor consciente de que este o usará para envenenar alguém²². Essa sistemática é de ocorrência comum no quadro da cumplicidade através de ações neutras, vez que, geralmente, o padeiro, o taxista, o advogado e o devedor, por exemplo, dispõem de indícios concretos de que terceiro pode praticar um fato delituoso.

Superadas essas teorias, aponta Luís Greco aquelas que são tidas como modernas, a ponto de identificar as seguintes classificações:

- objetivas;

19. ABRALDES, Sandro Fabio. CERZO MIR, José. *Delito imprudente y principio de confianza*. Buenos Aires: Rubin-zal-Culzoni, 2010, p. 307.

20. Para AbralDES, essa regra tem uma exceção, como no caso de venda de armas de fogo ou de expedição de medicamentos por receita médica, já que tais atividades devem seguir o *princípio da desconfiança*, pois, no exemplo do farmacêutico que culposamente entrega, sem receita, um medicamento venenoso a uma pessoa que apresenta um evidente quadro de depressão, sendo que provavelmente utilizará tal medicamento para se suicidar, o ordenamento jurídico encarrega o farmacêutico de um dever de proteção à pessoa que se encontra incapaz de se defender, devendo prevalecer uma desconfiança [...]” (ABRALDES, Sandro Fabio. CERZO MIR, José. *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 307).

21. Citado por Otto e Roxin, ressalta Kai Ambos a importância do aspecto subjetivo, pois há de se ter o castigo por cumplicidade em condutas laborais se aquele que presta ajuda conhece positivamente a utilização de sua própria ação para fins delitivos, enquanto que nas *ações cotidianas* de caráter privado é suficiente que o colaborador reconheça o perigo concreto sobre a prática de um delito. Assinala Roxin que se a ação do autor principal é dirigida exclusivamente à prática de uma ação punível e, se aquele que presta auxílio sabe de tal situação, então tal ajuda ao fato deve considerar-se como conduta de cumplicidade. Neste caso, o seu atuar perde sempre o caráter de cotidiano, passando a ser definido como solidarização com o autor e, portanto, já não pode mais ser socialmente adequado. Caso contrário, se o que presta ajuda não sabe como será empregada sua contribuição por parte do autor principal, e apenas a considera possível, então o seu atuar não deve considerar-se como uma ação punível por cumplicidade, salvo quando o risco (daquele que presta ajuda) seja alto, a ponto de sua prestação auxiliar ser um empenho ao autor reconhecivelmente propenso à prática do delito. Noutro giro, Jakobs e Frisch entendem que as ações cotidianas não devem levar à punição da cumplicidade, pois consistem em condutas juridicamente irrelevantes, que não podem ser criminalizadas pelo simples fato de que um terceiro responsável tenha delas se valido para cometer um delito (ABRALDES, Sandro Fabio. CERZO MIR, José. *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 304, nota de rodapé, item 41).

22. Complementa Greco: “[...] Em síntese: o princípio da confiança, apesar de amplamente aceito e reconhecido, não é capaz de lidar com os casos de cumplicidade através de ações neutras, porque nestes costuma haver indícios de que o fato principal venha a ser cometido, o que configura justamente uma das restrições à aplicabilidade do mencionado princípio” (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 27-30).

- subjetivas;
- e mistas.

Indicam-se as seguintes teorias modernas objetivas:

- teoria dos papéis, de Jakobs;
- a participação como solidarização com o ilícito alheio, de Schumann;
- a adequação profissional, de Hassemer;
- os critérios quantitativos, de Weigend;
- a ponderação objetiva de interesses, de Lüderssen;
- considerações de cursos causais hipotéticos, de Löwe-Krahl²³.

Já as teorias modernas subjetivas são as seguintes:

- não punição do dolo eventual, de Otto;
- e a necessidade de solidarização reconhecida pelo autor principal²⁴.

Podem ser citadas como teorias mistas:

- a construção de Frisch;
- a linha de Roxin;
- e a ampla ponderação de interesses, de Wohlleben²⁵.

Pondera Schünemann que, caso a ação neutra se tornasse proibida, seguindo um ponto de vista político-criminal, impedir-se-ia a lesão do bem jurídico correspondente ao delito praticado posteriormente (fato principal). O catedrático de Munique cita dois exemplos:

- a realização de atos obscenos em um bordel, em que se reflete sobre se o fornecimento de pão ao local impediria ou não a prática de tais atos, chagando-se à conclusão no sentido negativo, ou seja, de que a proibição de prover pão ao local não evitaria os atos indecentes ali cometidos, diferentemente se houvesse a proibição de vinho, o que impediria os atos obscenos ali praticados, já que, sob a influência de tal bebida, seria mais fácil se render a tal conduta; e a atuação dos bancos alemães na transferência de dinheiro a Luxemburgo, em uma possível ocultação do dinheiro proveniente de atividades ilícitas, sendo que diversos penalistas têm entendido que tal auxílio aos bancos alemães seria uma conduta adequada no setor financeiro, a ponto de não configurar uma participação na evasão de impostos, enquanto que Schünemann reputa

23. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 33-64.

24. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 63-73.

25. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 73-89.

que tal auxílio é imprescindível para a evasão de impostos, pois apenas dessa forma o dinheiro proveniente de atividades ilícitas é enviado para fora da Alemanha, perfazendo, portanto, uma cumplicidade dos bancos na evasão de impostos.²⁶

Para Blanco Cordero, a solução da cumplicidade através de ações neutras é alcançada pela teoria da imputação objetiva, havendo uma valoração de riscos juridicamente desaprovados que se materializam na forma de um resultado. Assim, haveria dois critérios para a valoração da criação de riscos: **(i)** a previsibilidade objetiva do resultado; e **(ii)** a conduta deve superar o risco permitido, aferindo-se pelo cumprimento das normas jurídicas ou sociais correspondentes ao âmbito de desenvolvimento da atividade e pelo critério do homem médio²⁷.

Segundo Landa Gorostiza, o problema das ações neutras radica na discussão do desvalor da ação do partícipe e na determinação dos critérios da imputação objetiva do comportamento do cúmplice, razão pela qual o partícipe figuraria como a “espinha dorsal da perigosidade” tipicamente relevante, gerando um risco de contribuição para a realização do fato principal, a ponto de aumentar a probabilidade de êxito do autor na empreitada criminoso.²⁸

Como parâmetro de delimitação da cumplicidade através de ações neutras, Rueda Martín propõe a aplicação do princípio da adequação social²⁹. De todo caso, assevera Luís Greco que a solução dessa problemática não é alcançada por clássicas teorias (v.g, adequação social; proibição de regresso; insignificância; e confiança), mas por quatro modernas teorias, a saber:

- teorias que atacam o problema das ações neutras com base em critérios exclusivamente objetivos;
- aquelas que recorrem a critérios subjetivos;
- aquelas que seguem um critério misto, de jaez objetivo e subjetivo; e **(iv)** aquelas que adotam uma multiplicidade de critérios por mero casuísmo³⁰.

Afora essas construções teóricas, a doutrina também se dedicou à proposta de meras soluções casuísticas³¹.

26. SCHÜNEMANN, p. 242 e ss. *apud* ABRALDES, Sandro Fabio. CERZO MIR, José. *Delito imprudente y principio de confianza*, p. 306.

27. BLANCO CORDERO *apud* ABRALDES, Sandro Fabio. CERZO MIR, José. *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 306.

28. LANDA GOROSTIZA *apud* ABRALDES, Sandro Fabio. CERZO MIR, José. *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 306.

29. RUEDA MARTÍN, p. 99 e ss. *apud* ABRALDES, Sandro Fabio. CERZO MIR, José. *Delito imprudente y principio de confianza*, p. 304, nota de rodapé, item 40.

30. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 32.

31. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 89.

Para Luís Greco, a punibilidade ou não das ações neutras deve ser encontrada na teoria do tipo, notadamente do tipo objetivo³², pois busca-se fixar os limites externos do risco proibido à luz da imputação objetiva³³. Decerto, o tipo objetivo compõe-se, em geral, da ação, do resultado, do nexo causal e da imputação objetiva, de modo que a última traz uma série de critérios interpretativos aptos a determinar a responsabilização criminal.

Assim, o funcionalismo roxiniano propõe uma releitura racional-teleológica do sistema penal no âmbito do tipo, sendo que a configuração de certo delito não depende apenas da relação de causalidade, mas também de conceitos ou critérios normativos da imputação objetiva³⁴. Neste azo, a imputação objetiva constitui-se dos seguintes elementos: **(i)** desvalor da ação, representado pela criação de um risco e de o risco ser juridicamente desaprovado; e **(ii)** desvalor do resultado, pois o risco juridicamente desaprovado deve manifestar-se no resultado³⁵.

Nesse contexto, Greco sugere que os casos duvidosos (“casos-limite”) das ações neutras devem ser solucionados pelo princípio da proporcionalidade, especificamente pelo critério da idoneidade ou adequação – excluindo-se a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, eis que tais não fornecem qualquer resposta satisfatória ao problema.

O princípio da proporcionalidade, de índole constitucional, sinaliza que somente é possível limitar a liberdade do cidadão com base nos seguintes componentes:

- idoneidade, eis que as medidas empregadas devem ser adequadas e idôneas para alcançar o fim almejado, qual seja, a limitação da liberdade;
- necessidade, pois não deve existir medida menos gravosa para atingir a finalidade;
- e proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que deve se proceder à ponderação de interesses, evitando que a liberdade seja limitada de forma excessiva³⁶.

Greco reconhece que esse princípio é objeto de diversas críticas doutrinárias, sob o fundamento de que tal opera com interpretações vagas e imprecisas. Sem prejuízo, a proporcionalidade, sobretudo a idoneidade, desempenha importante função quando

32. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 115-116.

33. Por outro lado, sustenta parte da doutrina que o *locus* das ações neutras não é o desvalor da ação no âmbito do tipo objetivo, mas o “desvalor da externalização de sentimento de solidariedade para com a prática do ato delitivo pelo autor do fato” (LOBATO, José Danilo Tavares. *Cumplicidade por meio de ações neutras: o início (tardio) de um debate*, p. 65).

34. PRADO, Luiz Regis. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*, 2006, p. 82.

35. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 117.

36. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 136.

o legislador não traz qualquer previsão para a solução dos casos-limite, mantendo-se omissos ou silentes, como no caso das ações neutras. Assim, é possível que esse princípio, notadamente a idoneidade, seja tomado como um instrumental eficiente para a leitura do artigo 29 do Código Penal.

A partir dessas premissas, Greco propõe a adoção do critério da idoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico concreto³⁷. Esse critério é relacionado ao risco juridicamente desaprovado da cumplicidade, pois *“Ele declara, em suma, que ações de cumplicidade só criarão riscos juridicamente desaprovados se a sua hipotética recusa dificultasse de alguma maneira o cometimento da ação principal pelo autor.”*³⁸.

Assim, a medida idônea é aquela que serve para impor uma proibição ao cúmplice, pois o correto seria que a ação proibida não tivesse sido cometida. Quer dizer, se a ação do cúmplice não fosse praticada, dificilmente o autor do fato principal alcançaria sucesso no cometimento do crime. Assim, a conduta do cúmplice deve ser punida e proibida, a ponto de melhorar a proteção do bem jurídico no plano concreto.

Em outros termos, é idôneo exigir a proibição da conduta do cúmplice, a fim de que seja alcançada a proteção, um ganho, uma preservação, uma melhora relevante do bem jurídico em concreto. Tal proteção não significa salvar o bem jurídico por completo no plano abstrato, mas ao menos melhorar a situação dele no plano concreto³⁹.

Greco emprega esse critério nos mais diversos casos, podendo ser enfatizados os seguintes:⁴⁰

» **Caso 1:**

Um dos casos guarda relação com o Direito Penal econômico e empresarial. O bancário “B” presta auxílio ao cliente “A” na sonegação de impostos, efetuando a transferência de capitais para o exterior por meio de sofisticadas manobras de ocultação de valores¹⁵⁶.

37. Para Greco: *“Em síntese, a exigência da idoneidade da proibição significa que só haverá risco juridicamente desaprovado se a não-prática da ação proibida representar uma melhora relevante na situação do bem jurídico concreto. Vemos, assim, que a pergunta quanto aos critérios de não-punição de ações neutras é respondida assim que conhecemos o porquê desta não-punição: o fundamento, a inidoneidade, desemboca no critério, a melhora relevante da situação do bem jurídico concreto”* (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, p. 142-143, grifo do autor).

38. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 2007, p. 73-74.

39. Segundo Greco: *“Em geral, quanto mais ubíqua a contribuição, quanto mais fácil obter um substituto não iniciado que se proponha a realizá-la, tanto menos idônea será a proibição para melhorar a situação do bem jurídico. Por outro lado, quanto mais difícil seja obter a contribuição noutro lugar ou sem despertar a desconfiança de um terceiro, tanto mais idônea será a proibição para proteger o bem jurídico”* (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 142, grifo do autor).

40. Segundo Greco: *“Em geral, quanto mais ubíqua a contribuição, quanto mais fácil obter um substituto não iniciado que se proponha a realizá-la, tanto menos idônea será a proibição para melhorar a situação do bem jurídico. Por outro lado, quanto mais difícil seja obter a contribuição noutro lugar ou sem despertar a desconfiança de um terceiro, tanto mais idônea será a proibição para proteger o bem jurídico”* (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 142, grifo do autor).

Nesse caso, o cliente “A” é autor do crime de sonegação de impostos, previsto nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, enquanto que o bancário “B” será punido a título de participação, pelos seguintes motivos:

- o auxílio de “B” foi causa do delito principal, eis que, se não tivesse prestado a contribuição, o crime não teria ocorrido de outra forma;
- a conduta de “B” criou um risco, pois este tinha a confiança e o conhecimento do plano delituoso de “A”, de modo que as manobras de ocultação da transferência de valores não aconteceriam com a mesma finalidade por outro bancário;
- e a conduta de “B” ingressou na esfera do risco proibido.

Com a interpretação do caso a partir do critério da idoneidade, infere-se que, considerando proibida a conduta do bancário, necessariamente torna-se difícil a transferência de valores, pois somente tal conduta seria um fator determinante para a realização da operação, servindo de contribuição para a ação principal do autor. Logo, revela-se idôneo ou adequado proibir a conduta do bancário, visando à melhor proteção do bem jurídico no plano em concreto, de modo que o próprio bancário figura como cúmplice do crime de sonegação de imposto.

Em outros casos, o bancário ou o padeiro não praticariam um risco proibido se estivessem de boa-fé e, ao mesmo tempo, o autor do crime pudesse conseguir a mesma contribuição de outra fonte, sem ter a necessidade de divulgar seu plano delituoso e sem que tal condição dificultasse a agressão ao bem jurídico¹⁵⁷.

» Caso 2:

Um advogado presta consultoria à esposa e ao filho de um condenado, com a finalidade de que este empreenda fuga da penitenciária.

Nesse caso, cabe a análise dos seguintes aspectos: **(i)** a punibilidade ou não advogado em razão da consultoria prestada; e **(ii)** a punibilidade pelo fato de o esclarecimento jurídico ser correto ou incorreto.

Na primeira hipótese, os familiares do preso, seguindo os conselhos do advogado, estavam cientes das seguintes condições: **(i)** prática do crime de favorecimento pessoal (art. 348, CP), embora com exclusão da punibilidade pelo fato de serem parentes próximos do condenado (art. 348, §2º, CP); e **(ii)** crime de fuga (art. 351, CP).

Certo é que o advogado, por meio de esclarecimento jurídico correto, orientou e estimulou os familiares para a fuga do condenado. De todo caso, a esposa e o filho teriam condições de buscar as mesmas sugestões por outros advogados.

Assim, não é idônea a proibição da conduta do primeiro advogado, pois, mesmo que se fosse coibida, não serviria para a proteção do bem jurídico no plano concreto. Logo, o advogado não será considerado cúmplice dos crimes de favorecimento pessoal e de fuga praticados pelos familiares¹⁵⁸.

41. Greco traz os seguintes exemplos: “Isso quer dizer que, no caso do padeiro, se for possível ao autor comprar o pão noutro lugar próximo, sem ter de revelar as dificuldades desta compra, o padeiro não criará risco proibido ao realizar a venda ainda que saiba das finalidades que movem o autor. Mas o motorista de táxi que espera na porta de um banco enquanto o autor principal termina de cometer seu roubo cria risco juridicamente desaprovado, porque seria necessário indicar outro motorista nos planos criminosos para que ele pudesse realizar a contribuição, e isso o critério considera uma dificuldade” (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 73-74).

Valendo-se do mesmo exemplo, cabe compreender se o advogado pode ser punido por ter prestado esclarecimento jurídico incorreto. Por exemplo, o advogado teria se esquecido, ao orientar os familiares, que as condutas configuram crimes previstos no Código Penal. Essa solução passa pela análise dos seguintes prismas:

- no campo do tipo objetivo, o advogado criou um risco proibido, pois os familiares, ainda que buscassem outro profissional, dificilmente teriam acesso a informações técnicas equivocadas, já que se pressupõe que todos os advogados repassem orientações corretas aos seus clientes;
- e no plano subjetivo, o advogado não agiu com dolo, pois incorreu em erro de tipo.

Portanto, o advogado não será punido como cúmplice tanto no crime de favorecimento pessoal como no de fuga⁴³.

Reconhece Greco que critério da idoneidade pode se tornar objeto de críticas, tais como:

- quanto à previsão constitucional;
- e quanto à imprecisão no manuseio por parte dos operadores do Direito. De todo caso, reforça o predito autor que a adoção do aludido critério se destina à interpretação do sentido da lei para casos duvidosos de ações neutras⁴⁴.

Do exposto, reconhece-se que diversas correntes se dedicam à discussão da participação através das ações neutras. Resta perquirir, doravante, os coloridos da teoria que lida com o dever de solidariedade, eis que também se coaduna com as noções sociológicas e os institutos liberais do Direito Penal brasileiro, propiciando, a nosso ver, uma resposta suficiente ao combate da criminalidade, com fundamento no princípio da proibição deficiente.

2.3. Um Segundo Enfoque: Dever de Solidariedade

A teoria do dever de solidariedade propõe a análise da ação neutra no âmbito da consciência coletiva e da imputação objetiva.

Visando à compreensão dessa teoria, devem ser entendidos basicamente os seguintes critérios:

42. Segundo Greco: “Em geral, quanto mais ubíqua a contribuição, quanto mais fácil obter um substituto não iniciado que se proponha a realizá-la, tanto menos idônea será a proibição para melhorar a situação do bem jurídico. Por outro lado, quanto mais difícil seja obter a contribuição noutro lugar ou sem despertar a desconfiança de um terceiro, tanto mais idônea será a proibição para proteger o bem jurídico” (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 142, grifo do autor).

43. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 150.

44. A propósito das críticas, cf: GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 161; LOBATO, José Danilo Tavares. *Cumplicidade por meio de ações neutras: o início (tardio) de um debate*, p. 68.

- o limite mínimo da participação criminal, com vistas a traçar as diferenças entre a participação punível e as ações neutras;
- a imputação objetiva e a ideia de incremento do risco;
- e o dever de solidariedade, conforme será analisado a seguir.

2.3.1. Participação Punível versus Ações Neutras

Precipuamente, há divergências doutrinárias sobre qual teoria fundamenta a autoria individual (autoria e participação) e a autoria coletiva (concurso de pessoas). Nada obstante, certo é que, sob o ângulo do Direito Penal brasileiro, tanto a autoria (autoria individual) como o concurso de pessoas (coautoria e participação) tem previsão no artigo 29, “*caput*”, do Código Penal.

Ressalta-se que a autoria em “sentido amplo” abrange os seguintes fenômenos:

- autoria e participação, identificadas como autoria individual;
- e coautoria e participação, identificadas como concurso de pessoas (autoria coletiva ou criminalidade coletiva).

Para a determinação da autoria individual, entende-se que a teoria objetivo-formal é privilegiada pelo Código Penal de 1940, a partir da reforma de sua Parte Geral pela Lei n. 7.209/84⁴⁵.

Em se tratando de autoria coletiva (concurso de pessoas), comunga-se do entendimento de que, como regra, a teoria unitária foi adotada pela redação original do Código Penal de 1940, consoante o disposto no item 25 da Exposição de Motivos da Parte Geral, e, subsidiariamente, consagra-se as exceções pluralísticas (da cumplicidade do crime distinto, autonomia da cumplicidade ou exceções pluralísticas). E, mesmo com a Reforma da Parte Geral de 1984, trazida pela Lei. 7.209/84, o artigo 29 do Código Penal ainda privilegia a teoria unitária ao menos para a determinação da autoria coletiva⁴⁶.

45. Para a teoria objetivo-formal, determina-se a autoria individual pela prática da conduta de cada um dos intervenientes, embora também se leve em consideração a equivalência dos antecedentes causais. Logo, autor é aquele que realiza o núcleo do tipo penal, enquanto partícipe é quem pratica a ação extratípica, seja na forma moral seja material, de modo que também concorre, de qualquer modo, para o crime, mas sem realizar a ação típica.

46. Na teoria unitária (monística ou monista), não há distinção entre autor (autoria individual) e partícipe, de modo que as diferenças objetivas e subjetivas na realização do tipo incidem apenas na fase de aplicação da pena, a fim de sopesar a culpabilidade individual de cada qual dos intervenientes no curso lesivo. Neste azo, incide a teoria da equivalência dos antecedentes causais para determinar quem é o (co)autor da infração penal. Vale dizer, é considerado coautor aquele que, de qualquer modo, presta a contribuição causal de maior relevância à produção do evento lesivo, tendo como fundamento a teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*), segundo a qual é causa (conduta) qualquer ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (art. 13, “*caput*”, parte final, do Código Penal). Logo, nos termos do art. 13, “*caput*”, do Código Penal, o “concorrer”, expressão empregada pelo artigo 29, “*caput*”, do Texto Penal, tem um sentido causal, atrelado

No tocante à participação, a doutrina nacional tem a propensão de adotar a acessoriedade limitada, embora deixe de compatibilizar sua aplicação com a autoria mediata e, como complementação, há a incidência da acessoriedade máxima⁴⁷.

Noutro viés, preleciona Luís Greco que a doutrina brasileira propõe as mais diversas formas de participação. Nada obstante, há de ser adotada a concepção moderna de que a participação divide-se em instigação e cumplicidade⁴⁸.

O cerne da discussão é determinar se é cabível ou não punibilidade das ações cotidianas que, em tese, facilitam a prática de um fato principal pelo autor, a ponto de serem consideradas cumplicidade. Assim, deve ser adotada a concepção restritiva de autoria, no sentido de que o autor difere-se do partícipe⁴⁹.

Em uma visão moderna do Direito Penal, a autoria e participação têm apresentado certos avanços, máxime na perspectiva da imputação objetiva. Com efeito, deixaram de ser determinadas a partir da causação do resultado (plano objetivo) e do dolo (plano subjetivo). Vão mais além: exige-se que o resultado seja uma realização de um risco proibido criado pelo autor⁵⁰.

Nesse contexto, a participação criminal é delineada a partir de dois limites, a saber:

- limite máximo ou para cima;
- e limite mínimo ou para baixo⁵¹.

No limite máximo, analisa-se a diferença entre participação e autoria em um campo de evidente ilicitude. Já no limite mínimo, perquire-se a distinção entre a participação punível e a ação neutra, pairando uma zona cinzenta entre a licitude e a ilicitude.

à teoria da equivalência dos antecedentes causais, com base no critério de eliminação hipotética de Thyrén, pois concorre para o crime aquele que pratica tanto uma ação (conduta comissiva) como uma omissão (conduta omissiva) sem a qual não teria ocorrido o resultado.

47. Na acessoriedade limitada, basta para a punição do partícipe a prática de um fato típico e ilícito do autor, independentemente da culpabilidade. Já na acessoriedade máxima ou extrema, exige-se, para a punição do partícipe, que o fato típico e ilícito seja cometido por um agente culpável.

48. Adverte Greco: “Observe-se que a distinção entre cumplicidade e instigação não está em ser a primeira física e a segunda psíquica, como entendem muitos autores brasileiros que trabalham com estes dois conceitos. O instigador provoca uma decisão de praticar o fato, e daí porque sua conduta é bem mais grave do que a daquele que meramente contribui” (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 6).

49. A cumplicidade é o auxílio ou contribuição a um terceiro para a prática de um fato típico e antijurídico. O auxílio pode ser material ou psíquico (GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 7-8).

50. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 13.

51. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro.*, 2012, p. 98; GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, p. 13.

Há diversas teorias do injusto que se dedicam a explicar a participação⁵². Merece destaque a teoria do ataque acessório ao bem jurídico protegido, segundo a qual o partícipe pratica um injusto com uma parte própria e, ao mesmo tempo, com a outra parte inserida no injusto do autor. Assim, o desvalor da ação do partícipe tem critérios próprios que, ao menos relativamente, escapam dos critérios imputáveis ao autor⁵³.

Entende-se que, *a priori*, a cumplicidade através de ações neutras demonstra ser compatível com os fundamentos participação contemplados no Direito brasileiro, despontando como uma complementação teórica. Decerto, seguem-se as mesmas bases dogmáticas da participação, não havendo qualquer descompasso teórico neste viés.

Feitas essas considerações, resta analisar os outros critérios de imputação na perspectiva das ações neutras, quais sejam, a imputação objetiva e o incremento do risco e, ao final, o dever de solidariedade.

2.3.2. Imputação Objetiva e Incremento do Risco Permitido

Paulatinamente, o temário das ações neutras tornou-se objeto de discussão no campo da imputação objetiva, pois a participação criminal passou a ser analisada na perspectiva do incremento do risco permitido, sobretudo com o surgimento de atividades arriscadas e das novas formas de criminalidade.

Originariamente, os estudiosos do Direito Penal sustentavam que o nexa causal era um critério de imputação que devia ser empregado com destaque no caso concreto. Essa concepção foi defendida por duas escolas penais no campo da relação da causalidade, a saber:

- a teoria da equivalência das condições, também denominada teoria dos antecedentes causais ou *conditio sine qua non*;
- e a teoria da causalidade adequada.

Nesse contexto, a imputação objetiva aparece como uma alternativa ao nexa causal, apresentando como correntes principais:

- imputação objetiva do resultado de Claus Roxin;
- e imputação objetiva de Gunther Jakobs⁵⁴.

52. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro*, 2012, p. 98 ss..

53. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, p. 13.

54. Para Greco: “E agora podemos chegar aos dias de hoje à teoria da imputação objetiva. O que essa teoria faz é relegar o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária e recolocar o tipo objetivo no centro das atenções. Este tipo objetivo não pode, porém, esgotar-se na mera causação de um resultado – é necessário algo mais para fazer desta causação uma causação objetivamente típica. Este algo mais compõe-se, fundamentalmente, de duas idéias: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado” (GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*, 2007, p. 09, grifo do autor).

Segundo Roxin, os critérios jurídicos de imputação que devem ser aplicados são os seguintes:

- criação ou aumento de um risco proibido e juridicamente relevante⁵⁵;
- realização do risco no resultado⁵⁶;
- e o resultado deve estar inserido dentro do alcance do tipo, ou seja, na esfera de proteção da norma⁵⁷.

Já por seu funcionalismo estratégico-normativo ou radical, Jakobs atribui ênfase ao nexo causal, sendo que a relação de causalidade é o primeiro critério de imputação que deve ser aplicado. Destarte, ele desenvolveu os princípios de sua teoria da imputação objetiva, que, se presentes, excluem a imputação. Em miúdos, apontam-se os seguintes critérios: **(i)** princípio do risco permitido, pois se o risco provocado pelo agente for permitido pelo ordenamento jurídico, não haverá imputação; **(ii)** princípio da confiança, segundo o qual não haverá imputação do resultado quando o sujeito agir na confiança de que terceiros cumprirão com sua função; **(iii)** princípio da proibição de regresso, no sentido de que as condutas lícitas não ensejam responsabilidade criminal por atos ilícitos subsequentes praticados por terceiros, o que consiste em uma oposição à teoria da equivalência das condições, que pode levar ao *regressus ad infinitum*; e **(iv)** competência ou capacidade da vítima⁵⁸.

Nesse contexto, o incremento do risco é outro instituto do tipo objetivo que assume importância para a determinação da participação criminal à luz da imputação objetiva. Com efeito, o incremento do risco é um dos critérios da imputação objetiva do resultado, podendo ser utilizado nos seguintes casos: **(i)** para a exclusão das ações dolosas que são mantidas dentro do âmbito do risco permitido; e **(ii)** para a comprovação da inobservância do dever objetivo de cuidado nos delitos culposos⁵⁹.

A título de exemplo, cita-se o caso do industrial que, com inobservância do dever de cuidado, entrega para o manejo dos trabalhadores da empresa matéria-prima não desinfetada, provocando a morte de quatro deles. Nesta hipótese, constata-se que o industrial, mesmo que desinfetasse o material, não teria condições de evitar a morte dos trabalhadores, motivo pelo qual não há que se falar de imputação objetiva

55. Neste caso, se o risco criado for permitido, não há imputação. Da mesma forma, não haverá imputação se o risco proibido for irrelevante, sendo que tal concepção deu origem ao princípio da insignificância.

56. Deve ser analisado se há uma relação entre o risco criado e o resultado ocorrido.

57. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2009, p. 42.

58. JAKOBS, Gunther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2010, p. 14-33.

59. Nos delitos culposos, discute-se se o incremento do risco permitido é um critério autônomo de interpretação ou se já encontra inserido no tipo de injusto culposos - a ponto de ser uma repetição da infração do dever objetivo de cuidado (PRADO, Luiz Regis. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*, 2006, p. 97).

para sua responsabilização, eis que ausente o incremento do risco permitido no tipo objetivo⁶⁰.

Nesse contexto, a ação neutra pode ser punida a título de participação criminal se a conduta do terceiro consistir em um incremento ou aumento do risco permitido para o fato principal praticado pelo autor⁶¹. Vale dizer, a conduta (neutra) do terceiro, *a priori*, se encontra dentro dos parâmetros do risco permitido, porém, se analisada mais a fundo, afigura como um incremento para o sucesso da ação principal do autor na prática do delito.

Segundo Luís Greco, a cumplicidade não é apenas causar, mas auxiliar o autor a praticar o fato principal. Quer dizer, é a realização de um aumento juridicamente desaprovado do risco, a ponto de causar o resultado danoso⁶².

Nesses termos, cabe perquirir até que ponto uma conduta socialmente neutra ultrapassa os limites do risco permitido, passando a caracterizar-se como uma infração penal.

2.3.3. Dever de Solidariedade

O injusto da participação no limite mínimo, em que se situa a problemática entre a participação punível e a ação neutra, deve ser analisado com base no princípio da solidariedade humana.

Com efeito, a solidariedade serve para determinar até que ponto uma conduta neutra excede os limites do risco permitido e, assim, passa a ser considerada cumplicidade para a prática de uma infração penal⁶³.

É bem de ver que o Direito Penal é um sistema aberto, permitindo a adoção de novas ferramentas e soluções para lidar com os conflitos ainda não resolvidos. Dessa forma, a dogmática penal deve acompanhar *in pari passu* a política criminal, ou seja, as bases científicas desse ramo são aprofundadas para enfrentar as transformações sociais⁶⁴.

60. PRADO, Luiz Regis. *Teorias da imputação objetiva do resultado*: uma aproximação crítica a seus fundamentos, 2006, p. 95.

61. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro*, 2012, p. 103 ss.; GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, p. 13.

62. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*, 2004, p. 17.

63. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, p. 13.

64. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro*, 2012, p. 105; GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, p. 13.

Nessa perspectiva, a solidariedade é um dos eixos estruturais que propicia a integração dos mais diversos setores da sociedade contemporânea⁶⁵.

Émile Durkheim se dedicou ao estudo da solidariedade, demonstrando preocupação com a crise moral⁶⁶. Assim, analisa a consciência coletiva ou comum, definindo-a como um conjunto de crenças e sentimentos comuns dos membros de uma mesma sociedade, cuja manifestação ocorre nos sistemas jurídicos, nos códigos legais, na arte, nas crenças, na religião, entre outros⁶⁷.

Para Durkheim, os problemas sociais não decorrem da divisão do trabalho, mas das questões econômicas da sociedade. Em verdade, a divisão do trabalho propicia a especialização de funções no conjunto social, permitindo a integração entre os indivíduos e, por conseguinte, a coesão e a solidariedade social.

Nas sociedades complexas, o maior contingente populacional aumenta a divisão do trabalho, embora produza, ao mesmo tempo, uma maior integração social, pois é significativa a interdependência entre os indivíduos⁶⁸.

A solidariedade assume características próprias conforme o tipo de sanção, a saber: **(i)** sanção repressiva, representada pelo Direito Penal e que incide nas sociedades simples; e **(ii)** sanção restitutiva, que é típica do Direito Civil, Administrativo e Constitucional, pois tem o condão de restabelecer as relações sociais ao estado anterior à violação da norma nas sociedades complexas.

Segundo Durkheim, o crime é um ato que causa lesão a sentimentos universais dos membros da coletividade, ou seja, *“um ato criminoso quando ofende os estados fortes e definidos na consciência coletiva”*⁶⁹. Para o predito autor, a tendência é de que, com a consolidação das sociedades complexas, houvesse uma superação progressiva do direito repressivo, sobretudo do Direito Penal.

Nada obstante, atualmente evidencia-se que a normas penais passam por um momento de expansão, pois se destinam ao tratamento das condutas geradoras de risco, cuja dinâmica é oposta àquela preconizada por Durkheim.

Nesse sentido, Anthony Giddens compartilha dos mesmos fundamentos que Durkheim, dedicando-se à análise do estreitamento dos vínculos sociais. Neste viés,

65. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro*, 2012, p. 111.

66. Segundo Dirce Maria Falcone Garcia: *“Portanto, Durkheim se propôs a construir a sociologia como uma ciência autônoma, que deveria analisar a sociedade cientificamente, com racionalidade. Mas não apenas. Procurou conhecer cientificamente a sociedade, para que o conhecimento da ciência esclarecesse sobre intervenções necessárias na realidade social”* (GARCIA, Dirce Maria Falcone. *O pensamento sociológico de Émile Durkheim*, 2005, p. 58).

67. DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*, 1999, p. 50.

68. Nas sociedades mais simples, há uma solidariedade mecânica, pois os indivíduos se integram por suas semelhanças. Já nas sociedades complexas, há uma solidariedade orgânica, eis que todos se integram pela complementaridade das funções de cada qual.

69. DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*, 1999, p. 51.

Giddens identifica os “sistemas abstratos” ou “sistemas peritos”, ou seja, redes técnicas e de saber que as pessoas dependem na modernidade (v.g., bancos e internet), de modo que são operados por “peritos”.

Todos têm confiança na idoneidade do funcionamento dos “sistemas abstratos”, na expectativa de que os peritos atuem dentro da licitude, embora os próprios peritos possam praticar ações ilícitas com uma potencialidade lesiva em larga escala⁷⁰.

Segundo João Daniel Rassi, podem ser inseridos nesse espaço os profissionais que atuam nas áreas financeira e comercial com condições de injetar recursos ilícitos na economia – o que também inclui o advogado. Contudo, os “peritos” podem optar por não expor a público uma ação ilícita praticada pela condução deficiente dos “sistemas abstratos”, no que os atos criminosos permaneceriam ocultos, principalmente pelo difícil controle e monitoramento sobre tais sistemas⁷¹.

Reforça Rassi que, dentro de um mesmo “sistema abstrato”, o “perito” que constata a ação ilícita de outro “perito” tem o dever de evitar o resultado danoso, em razão de seu dever de solidariedade. Complementa o predito autor que *“São por estas razões que o fenômeno do estreitamento dos vínculos sociais fundamentará, em determinados casos, a criação de um vínculo jurídico-penal positivo, que denominamos ‘dever de solidariedade’”*⁷².

No âmbito normativo, a cadeia de solidariedade não deve ser considerada extensa, como se alcançasse o cidadão comum que se utiliza do sistema, sob pena de vigilância extrema e engessamento da vida social. Em verdade, esse dever recai sobre os profissionais que preenchem certos requisitos e condições.

Sob o ângulo do Direito Penal brasileiro, o dever de solidariedade é contemplado, de forma genérica, no §2º do artigo 13 do Código Penal. Assim, esse dispositivo funciona como critério normativo de imputação objetiva, de conteúdo principiológico, pois possibilita avaliar se a ação neutra do profissional (interveniente), ao descumprir deveres específicos de evitar o resultado, ultrapassou os limites do risco permitido (incremento do risco permitido), a ponto de contribuir para o fato principal praticado

70. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, p. 13; GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*, 1991.

71. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro*, 2012, p. 129; GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, p. 13.

72. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, p. 13.

pelo autor⁷³. Porém, os deveres genéricos de evitar o resultado não caracteriza uma ação de risco proibido, de modo que o interveniente não figura como cúmplice⁷⁴.

Em face do exposto, ambas as teorias que lidam com as ações neutras fornecem fundamentos irrefragáveis para a responsabilização criminal face às novas formas de criminalidade, com fundamento no princípio da proporcionalidade e da proibição de proteção deficiente. Contudo, trata-se de temário inédito no Brasil, devendo ser alçado a um debate científico dialético e de natureza crítica, no intento de melhor coadunar as ações neutras com a teoria do delito privilegiada na dogmática penal nacional.

3. CEGUEIRA DELIBERADA

Em que pese ser discutida na perspectiva da dogmática penal moderna, a cegueira deliberada é objeto de análise sociológica nos Estados Unidos.

Para Margaret Heffernan, a autocolocação a uma situação de cegueira é mais comum do que se imagina, pois, frequentemente, os indivíduos ignoram o óbvio em seu cotidiano, sobretudo nas relações amorosas, empresariais, entre advogado e cliente, entre outros⁷⁵.

Sob o ângulo jurídico, a teoria da cegueira deliberada, também conhecida como teoria do avestruz, da ignorância deliberada, cegueira intencional, *willful blindness*, *Ostrich Instructions* ou doutrina da evitação da consciência (*Conscious Avoidance Doctrine*), teve origem na Inglaterra, no julgamento do caso *Regina v. Sleep*, de 1861⁷⁶.

73. Segundo Greco e Rassi: “Será o referido dispositivo um critério normativo, com conteúdo principiológico, que permite a avaliação da permissibilidade do risco para que, a partir da constatação de uma ilicitude, seja possível imputar à conduta neutra do interveniente o crime praticado pelo autor, nos termos do art. 29 – este sim, aqui, funcionando como norma de extensão” (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, p. 14).

74. Greco e Rassi citam o caso do advogado no crime de lavagem de dinheiro. Neste caso, o advogado não atua como cúmplice, pelos seguintes motivos: (i) ele não arca com deveres específicos, mas deveres genéricos de comunicação das operações, seja pela acessória seja pela consultoria, que possam constituir sérios indícios de lavagem de dinheiro; e (ii) tem ele o dever de sigilo profissional, que é uma garantia para o exercício profissional e, acima de tudo, da ampla defesa. Contudo, deve o advogado ser responsabilizado se atua como peça integrante de uma organização criminoso ou ajuste para a prática de crimes (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, p. 14).

75. Segundo Margaret Heffernan, a sociedade não vive apenas de “verdades”, motivo pelo qual também é importante levar em consideração as mentiras e alguns casos duvidosos para compreensão da realidade. Mencionando a Segunda Guerra Mundial, cita como exemplo o ataque relâmpago dos nazistas, de modo que a moral coletiva das vítimas era mantida por meio de danças e festas, no intento de ignorar o conflito e os desastres do futuro. Assevera a predita autoria que muitos dos crimes não são praticados às escuras, mas em plena visão da sociedade (HEFFERNAN, Margaret. *Willful Blindness: Why we ignore the obvious at our peril*, 2011, p. 7).

76. Para maiores detalhes, cf: VALLÈS, Ramon Ragués i. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada em derecho penal*, 2013, p 13; BECK, Francis. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro, set. 2011.

Desde então, foi colhida nos Estados Unidos e, seguindo a teoria do crime de “*common law*”, tornou-se objeto de refinamento doutrinário⁷⁷.

Com a evolução jurisprudencial norte-americana, a cegueira deliberada passou a ser aplicada de várias formas, isto é, conforme as conveniências do caso concreto, deixando de apresentar um fundamento sistêmico pronto e acabado⁷⁸. Segundo essa teoria, o agente, de modo deliberado, se coloca em situação de ignorância, criando obstáculos, de forma consciente e voluntária, para alcançar um maior grau de certeza acerca da potencial ilicitude de sua conduta. Vale dizer, o infrator provoca o seu desconhecimento acerca do ilícito, de modo que sua ignorância deliberada passa a equivaler-se ao dolo eventual ou, até mesmo, à culpa consciente.

Assinala Ramon Vallès que, na cegueira deliberada, o sujeito poderia ter obtido determinada informação, mas, por razões diversas, optou por não adquiri-las, mantendo-se em estado de incerteza. Por exemplo, cita-se o caso de um dos cônjuges suspeitar que o outro mantém relações extraconjugais, mas decide não investigar por temer eventual confirmação dos fatos⁷⁹.

Os primeiros casos de sua aplicação foram nos crimes de tráfico de drogas e de contrabando, comumente praticados em território norte-americano em épocas passadas. Por exemplo, seguia-se o entendimento de que se “A” paga a “B” para levar uma mala, e “B”, intencionalmente, ignora o conteúdo desta, não importando se nela está guardado um bem ilícito, a exemplo de uma droga, deverá “B” responder criminalmente como se soubesse do conteúdo delituoso.

Essa teoria revelou-se flexível e, ao mesmo tempo, fértil para a determinação da responsabilidade jurídico-penal no sistema consuetudinário, respondendo às necessidades criminológicas.

Paulatinamente, passou a ser invocada na jurisprudência de países do sistema romano-germânico (“*civil law*”), tais como os latino-americanos e o espanhol. Nota-se, no entanto, que a maioria dos códigos penais não contempla expressamente uma definição de dolo, deixando tal tarefa a cargo da doutrina e da jurisprudência, cuja resposta punitiva varia de caso a caso⁸⁰.

Certo é que, uma vez transportada para o sistema positivista, a cegueira intencional encontra diversos obstáculos dogmáticos, sobretudo na perspectiva da teoria geral do crime consagrada no Código Penal de 1940, a qual prevalece ser de base finalista.

77. DUPRET, Cristiane. *Lei penais especiais*: Direito Penal econômico, 2012, p. 580.

78. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012, 2012, p. 94.

79. VALLÈS, Ramon Ragués i. *Mejor no saber*: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em derecho penal, 2013, p. 11.

80. A despeito de o dolo eventual ser definido no artigo 18, inciso I, parte final, do Código Penal.

Na Espanha, o Tribunal Supremo, no julgamento da *Sentencia* de 10 de dezembro de 2000, restringiu-se à simples menção da cegueira deliberada, envolvendo o caso de um crime de receptação, no qual o sentenciado havia transportado significativas quantidades de dinheiro em espécie a um paraíso-fiscal. Alegou o acusado, naquela ocasião, que não tinha conhecimento acerca da origem ilícita do dinheiro, isto é, que era proveniente do tráfico de drogas.

Nada obstante, a Corte Constitucional espanhola firmou o entendimento de que o sentenciado sabia da procedência ilícita do dinheiro, bem como das operações financeiras irregulares, motivo pelo qual ele havia provocado, propositadamente, a própria cegueira, ou seja, não quis saber acerca do que poderia e deveria ter conhecido.

No Direito brasileiro, a jurisprudência passou a considerar a ignorância deliberada equivalente ao dolo eventual, com base no sentido cognitivo-normativo de dolo. Vale dizer, essa teoria possibilita a punição, por dolo eventual, de quem atua de forma indiferente acerca da ilicitude do fato, colocando-se em uma situação de “desconhecimento provocado”⁸¹.

Isso porque o agente não tem o desejo de conhecer a ilicitude da conduta por ele praticada, ignorando os fatores determinantes do delito, tais quais:

- a origem do produto que porventura transporta, oculta ou adquire;
- a origem do dinheiro que aceita no exercício da atividade profissional, entregando-o como contraprestação de determinado bem ou serviço;
- o transporte de certo pacote ou mercadoria para o agente que apresenta atitude suspeita, tendo em vista a vantagem a ser obtida em razão de tal transporte⁸².

Assim, o agente atua deliberadamente de forma inconsciente, embora assuma o risco de produzir o resultado, de modo que sua cegueira equivale ao dolo eventual na perspectiva do Direito brasileiro, permitindo sua punição em crimes como receptação e lavagem de dinheiro⁸³.

Enfatiza Cristiane Dupret: “O atuar deliberadamente inconsciente, ou deliberado sem vontade finalisticamente dirigida ao resultado, possibilitaria conduzir o agente à punição em determinados crimes, a título de dolo eventual”⁸⁴.

81. VALLÈS, Ramon Ragués i. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em derecho penal*, 2013, p. 17.

82. DUPRET, Cristiane. *Lei penais especiais: Direito Penal econômico*, 2012, p. 580.

83. No Brasil, essa teoria foi aplicada no furto praticado contra o Banco Central, em Fortaleza, no estado do Ceará (TRF 5ª Região, ACR 5520-CE 2005.81.00.014586-0, Relator Rogério Fialho Moreira, julgado em 09/07/2008). Também tem sido comumente aplicada nos crimes econômicos e contra a Administração Pública, como nos casos da “Operação Lava Jato” e da Ação Penal 470/MG (“Caso do Mensalão”).

84. DUPRET, Cristiane. *Lei penais especiais: Direito Penal econômico*, 2012, p. 580.

Dessa forma, é como se o agente, hipoteticamente, enfiasse sua “*cabeça por debaixo da terra*”, tal como um avestruz, com o objetivo de deixar de perceber a origem ilícita do valor ou do bem que lhe fora entregue.

Segundo os adeptos da cegueira provocada, deve ser estabelecida uma relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, lançando-se mão de um suposto “*princípio da proporcionalidade*”, por meio das seguintes etapas:

- a teoria não será aplicada aos crimes de menor potencialidade lesiva;
- deve ser determinado, a partir das circunstâncias do evento delituoso, se tinha o agente condições ou meios de ter conhecimento acerca do caráter antijurídico de sua conduta e que, em razão disso, agiu deliberadamente para dificultar seu próprio entendimento;
- deve o bem jurídico ser penalmente tutelado, guardando pertinência com a ordem constitucional, máxime com os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Não se toma em consideração a ofensa ao bem jurídico, mas a conduta que o agente deveria ter apresentado para fiscalizar e proteger o próprio bem jurídico-penal.

É importante que, na aplicação dessa teoria, seja delineado o elemento subjetivo do agente com base no princípio da proporcionalidade, pois somente é possível atribuir a responsabilidade criminal ao indivíduo que tinha condições ou meios de conhecer o delito e que, por conta disso, se colocou em situação de ignorância.

Importante frisar que o elemento subjetivo não é aferido a partir da consciência ou vontade do agente, mas de elementos peculiares do dolo eventual, sobretudo da análise das circunstâncias do evento delituoso.

Em linhas gerais, sustenta-se que o grau de culpabilidade do agente se colocara em situação de cegueira é o mesmo do agente que executa a ação.

Exemplo 1: é comum que, em se tratando de lavagem de capitais, o autor, fingindo desconhecimento, coloca-se em situação de ignorância acerca dos bens, direitos e valores provenientes, direta ou indiretamente, da infração penal antecedente (crime periférico), a fim de se elidir da responsabilidade criminal e não responder pelo crime capitulado no artigo 1º da Lei n. 9.613/1998, com alteração trazida pela Lei n. 12.683/2012.

E, aplicando a cegueira deliberada, o agente poderia responder por lavagem de capitais nesse caso, pois teria assumido o risco de receber o dinheiro proveniente do crime antecedente, ainda que se colocando em situação de ignorância acerca da procedência ilícita do bem.

Exemplo 2: já em outro caso de lavagem de dinheiro, imagine que o agente disponibilizasse sua conta corrente, por determinadas vezes, a um agente político e

de quem é assessor, a fim de que tivesse condições de receber valores decorrentes de um suposto esquema criminoso em uma empresa. É possível que, em sua defesa, alegasse o agente o desconhecimento acerca dos detalhes do plano delituoso.

De todo caso, o fato de ter ele recebido depósitos em sua conta bancária, sem origem identificada ou comprovada, é suficiente para que tivesse desconfiado da origem ilícita dos próprios recursos, incidindo na prática delitiva.

Exemplo 3: suponha que uma pessoa se dirija a uma loja de veículos com uma mala de dinheiros em espécie, com a intenção de comprar um dos carros ali expostos à venda. Em caso de concretização da venda do automóvel, o vendedor pode ser punido a título de dolo eventual, tendo em vista que deixou de tomar ciência acerca da procedência daquele dinheiro que, pelo que tudo leva a crer, era produto de crime.

E, para os seus asseclas, a cegueira deliberada é compatível com novos fundamentos do processo penal, máxime com a teoria da abdução das provas, que admite, além das provas diretas, as provas indiciárias para determinação da materialidade delitiva, tal como ocorre nos crimes licitatórios, de lavagem de capitais, de formação de cartéis e de corrupção passiva e ativa.

De se ver que a cegueira deliberada já foi aplicada para fundamentar a responsabilidade por atos de improbidade administrativa, previstos nos artigo 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992⁸⁵. Prevalece que esses ilícitos são de natureza civil-administrativa, embora a sanção correlata tenha natureza penal, por força dos efeitos prodômicos dos atos administrativos.

E, se assim já reconhecida, há certa margem de aplicação no âmbito do direito administrativo sancionador, como nos casos da Lei Antitruste (Lei n. 12.529/2011), da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), e da Medida Provisória n. 784/2017, a qual dispõe sobre as infrações administrativas no âmbito do sistema financeiro e do mercado de capitais.

Contudo, há casos em que a cegueira deliberada causa mais dúvidas que certezas. Entendemos que a aplicação dessa teoria requer cuidados na prática forense, devendo ser afastada qualquer hermenêutica diletante ou de ocasião, sob o risco de “*improbidade epistêmica*” e normatização judicial descabida, com afronta ao princípio da legalidade e demais garantias penais conquistadas à luz do Estado de Direito⁸⁶.

85. TJ-SP, 9ª Câmara de Direito Público, APL: 00092525620108260073 SP 0009252-56.2010.8.26.0073, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, Julgado em: 09/04/2014.

86. “**AÇÃO CIVIL PÚBLICA.** Prejuízo ao erário devidamente confirmado pelas provas produzidas Contratação de serviços de plantões médicos junto ao Pronto Socorro de Avaré por intermédio de Termo de Parceria, em valor muito superior ao contrato anterior, e sem a realização de licitação - Superfaturamento constatado - Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada - Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado, ante a constatada caviliosidade dos corrêus Procedência da ação mantida Diferimento do recolhimento das custas deferido Apelação do réu Joselyr não provida e provida em parte a da ré IBDPH” (TJ-SP, 9ª Câmara de Direito Público, APL: 00092525620108260073 SP 0009252-56.2010.8.26.0073, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, Julgado em: 09/04/2014).

Antes de qualquer incidência, deve a cegueira deliberada ser objeto de desconstrução doutrinária, para determinar se é ela compatível ou não com a teoria final da ação, sobretudo com os conceitos de dolo eventual ou de culpa consciente, rechaçando qualquer responsabilidade objetiva nesse viés, tal como debatido no Direito Penal espanhol.

Primeiramente, há controvérsias sobre os limites entre o dolo eventual e a culpa consciente. A própria cegueira deliberada e o dolo eventual podem ser aplicados nos casos em que também é possível a configuração de crime culposos, como na situação em que o agente, violando o seu dever (objetivo) de cuidado imposto por lei, deixa de tomar as cautelas necessárias e, conseqüentemente, produz um resultado involuntário.

Por exemplo, imagine que um sócio proprietário, desconhecendo questões tributárias de sua empresa, confie a determinado contador, sem qualquer histórico profissional maculado, o planejamento orçamentário, vindo o contador a praticar manobras ilícitas e, assim, a suprimir ou reduzir tributos (artigo 1º da Lei n. 8.137/1990, com extinção da Lei n. 4.729/1965). Neste caso, poderá o sócio proprietário alegar que agiu por culpa, e não com dolo eventual, pois, por mero descuido, confiou o departamento a quem não devia.

Nesse sentido, há de se ter cautela em considerar o dolo eventual em todos os crimes econômicos, sob o risco de haver uma excessiva imputação criminoso no âmbito da ampla estrutura empresarial, podendo travar a economia por meio de um direito penal máximo e simbólico⁸⁷.

3.1. Reflexões Críticas

Parcela da doutrina tece críticas à teoria da cegueira deliberada, pelos seguintes motivos:

- trata-se de uma ampliação da “*actio libera in causa*”, perfazendo um modelo de responsabilidade objetiva à luz do Direito Penal do autor, pois o autor que recebe, adquire ou oculta o bem atua sem consciência e vontade para a prática delituosa;
- avilta os princípios da lesividade e da ofensividade, eis que tais vedam a criminalização de condutas meramente morais ou inadequadas socialmente;
- ninguém que cumpre seu papel social pode ser punido por adquirir ou portar um objeto de ilicitude por ele desconhecida, havendo espaço para os princípios da adequação social e da intervenção mínima (“*ultima ratio legis*”)⁸⁸;

87. A propósito da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470*. Internet. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>. Acesso em: 03/09/2017.

88. DUPRET, Cristiane. *Lei penais especiais*: Direito Penal econômico, 2012, p 581-583.

- a própria cegueira deliberada e o dolo eventual podem ser aplicados nos casos em que também é possível a configuração de crime culposos, como na situação em que o agente, violando o seu dever de cuidado imposto por lei, deixa de tomar as cautelas necessárias e via de consequência, produz um resultado involuntário;
- o dolo eventual, que é tomado como elemento subjetivo nessa teoria, é objeto de controvérsias doutrinárias, até mesmo à luz da escola final da ação;
- e, da forma como importada dos Estados Unidos, a teoria da cegueira deliberada não possui um padrão sistêmico pronto e acabado, eis que, no sistema da “*common law*”, tem sido aplicada pela jurisprudência norte-americana de várias formas, conforme as circunstâncias de cada caso concreto.

Assevera Regis Prado:

“A sua recepção implica a criação de um elemento estranho ao ordenamento jurídico brasileiro, de base continental, com sério risco à segurança jurídica e à legalidade penal. Aliás, tal evidência vem ressaltada com o seu emprego, como modalidade de imputação subjetiva (no delito de lavagem de capitais, em substituição ao dolo eventual), o que pode ensejar o agasalho de inadmissível responsabilidade penal objetiva. Isso porque é absolutamente impositivo ter-se em conta que o ordenamento jurídico brasileiro está assentado sobre o princípio da responsabilidade penal subjetiva, de previsão legal expressa (art. 18, CP), sem nenhuma espécie de substitutivo, distorção ou menoscabo. Neste último caso, sua aplicação dá lugar a uma normatização judicial indevida, e ao arrepio da Constituição (art. 5º, XXXIX, CF)”⁸⁹.

Portanto, essa teoria, uma vez aplicada no Brasil, apresenta mais dúvidas que certezas, pois reputada incompatível com os princípios constitucionais, máxima com a responsabilidade penal subjetiva, típica do Direito Penal liberal.

Obtempera Vallès que, no sistema continental de imputação subjetiva, essa teoria é uma fissura que ameaça a solidez das bases liberais⁹⁰.

E, assim como discutido no Direito espanhol, uma das alternativas para aceitar a cegueira deliberada seria refundar as bases do sistema de imputação subjetiva, definindo os contornos do dolo e da culpa e, por conseguinte, tornando-se possível o reconhecimento de outras modalidades daquela imputação. Vale dizer, cabe coadunar a cegueira provocada, de melhor forma, às bases da escola final da ação, sobretudo com o conceito de dolo como elemento ontológico, a ponto da cegueira intencional ser prevista expressamente em lei, em homenagem aos princípios da legalidade e da responsabilidade subjetiva⁹¹. Sem embargo, parte da jurisprudência tem firmado o

89. PRADO, Regis Prado. *Direito penal econômico*, 2016, p. 532, nota de rodapé, item 67.

90. VALLÈS, Ramon Ragués i. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada em derecho penal*, 2013, p. 12.

91. Esse também é o entendimento de: VALLÈS, Ramon Ragués i. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada em derecho penal*, 2013, p. 34.

entendimento de que a cegueira deliberada se coaduna com o Direito Penal pátrio, pois o próprio Código Penal, em seu artigo 18, admitiria o dolo eventual, a despeito não mencioná-lo expressamente. Ademais, a Lei n. 9613/1998, que dispensa tratamento penal à lavagem de capitais, confere certa margem para aplicação dessa teoria.

Não se olvida que a cegueira deliberada é uma construção teórica apta ao enfrentamento das novas formas de criminalidade, apresentando efeitos eficientes no plano prático, sobretudo para o combate dos crimes econômicos, da corrupção e da lavagem de capitais. Nada obstante, a hermenêutica penal não deve se restringir, por ora, à mera menção ou construção da cegueira deliberada, mas deve se voltar à sua desconstrução científica à luz do Direito Penal liberal, sob pena de “*improbidade epistêmica*” e de um desmesurado ativismo judicial.

» **Atenção:**

A **teoria da cegueira deliberada** tem sido constantemente invocada em diversos casos de notoriedade do Brasil, envolvendo a investigação da criminalidade econômica e de corrupção, a exemplo da “Operação Lava Jato”, de modo que a tendência é a de que tal teoria seja cobrada em concursos públicos de uma forma geral.

NOVAS TENDÊNCIAS DA EXECUÇÃO DA PENA

1. PRIVATIZAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Fundamentalmente, a privatização e terceirização dos presídios não despontam como uma proposta recente no âmbito do Direito Penal, mas como um desafio de décadas a ser enfrentado pelos diversos povos, em virtude da histórica crise do sistema penitenciário e das polêmicas que envolvem a clássica concepção do direito de punir do Estado.

A ideia fulcral é de que a prisão não tem o condão de transformar os presos em pessoas honestas, fomentando o crescimento de uma fábrica de criminosos ou uma “indústria de prisões” que tornou-se útil tanto para o domínio econômico como para o domínio político¹.

Segundo Nils Christie, há uma verdadeira “indústria de controle do crime”, caracterizada pela dor intencional e o controle das classes perigosas, transformando o crime como produto ou mercadoria².

Em 1980, a privatização do sistema carcerário passou a ser refletida no cenário jurídico norte-americano, sob os seguintes fundamentos:

- o medo da violência;
- espetacularização da mídia;
- desmonte da proteção do *Welfarestate*, com a realização de investimentos na política de lei e ordem;
- as transformações do capitalismo na contemporaneidade;
- e a falta de recursos humanos e financeiros para o gerenciamento e construção de novas penitenciárias³. Por conseguinte, a prisão não mais cumpria integralmente sua função ressocializadora e pedagógica do infrator, demandando novas estratégias de combate à criminalidade⁴.

1. Eric Lotke se dedica ao estudo do fenômeno da “indústria das prisões” nos Estados Unidos. Para maiores detalhes, cf. LOTKE, Eric. *A indústria das prisões*, p. 27-31.

2. Para maiores detalhes, cf. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*, 1998.

3. BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do Estado Brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização?, p. 208-209.

4. Analisando o cenário das prisões privadas nos Estados Unidos, assevera Lotke: “*As companhias das prisões*

Posteriormente, esses ideários também foram difundidos em outras nações, como no caso da Austrália, da França e da Inglaterra.

Em 1922, a privatização dos presídios tornou-se objeto de discussão no Brasil, a partir da proposta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, com a proposta de melhorar as condições do cumprimento da pena e, ao mesmo tempo, reduzir os encargos trabalhistas e gastos públicos⁵.

Analisando esse panorama, complementa Suleima Gomes Bredow:

“A proposta ainda previa um modelo de privatização com gestão mista, envolvendo administrações públicas e privadas, além da criação de um Sistema Penitenciário Federal, de maneira que as prisões de segurança máxima ficariam à cargo da União, com a responsabilidade da pena privativa de liberdade em regime fechado, e aos Estados caberia a responsabilidade pelo cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto e em regime aberto”⁶.

Nos dias atuais, a privatização e a terceirização já são uma realidade de alguns presídios no Brasil, como nos seguintes casos: (i) Prisão Industrial de Cascavel; (ii) Penitenciária Industrial de Jucemar Cesconetto, situada em Joinville, Santa Catarina; e (iii) Complexo de Penitenciárias de Parceria Público-Privadas de Minas Gerais, em Ribeirão das Neves.

Ressalta-se, nesse contexto, que a privatização não se confunde com a terceirização do sistema prisional.

Na **privatização**, a iniciativa privada, valendo-se de seus próprios recursos, investe na construção dos presídios, arrendando-os ao governo, mediante parceria público-privada.

Já na **terceirização**, o Estado outorga à iniciativa privada a responsabilidade de administrar e manter os presídios (v.g., fornecimento aos presos de educação, alimentos, vestuários, trabalho, auxílio-médico, entre outros), à exceção da vigilância dos reeducandos e das questões administrativas. Em contrapartida, o Estado tem o condão de fiscalizar e, se necessário, cassar a prestação de serviços.

Nesse sentido, a privatização dos presídios tem encontrado maior acolhida na realidade jurídica, havendo diversos entendimentos a respeito.

privadas constituem hoje um novo ingrediente na economia dos Estados Unidos. Oito companhias administram atualmente mais de 100 presídios em 19 estados. É uma indústria que cresceu vertiginosos 34 ponto percentuais nos últimos cinco anos. Existem hoje aproximadamente 70.000 presos em presídios privados. Em 1984, o número era de 2.500” (LOTKE, Eric. A indústria das prisões, p. 28).

5. BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do Estado Brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização?, p. 209.
6. BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do Estado Brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização?, p. 210.

Para uma primeira corrente, a privatização não se revela uma proposta compatível com a realidade brasileira, devendo ser afastada.

Primeiramente, apontam-se problemas de ordem ética, pois as empresas, ao mesmo tempo em que promovem a ressocialização do preso, também buscariam auferir vantagens econômicas por meio da privatização dos presídios. E, ao se almejar o lucro, se esvaeceria a finalidade de ressocialização do preso. Assim, o lucro preponderaria sobre a dignidade humana.

Em um segundo lugar, parte das empresas poderia se enveredar à corrupção, sobretudo quando financiada pelo crime organizado, a ponto de desfavorecer a segurança pública e controle social do Estado.

Complementa Gomes Bredow que a privatização dos sistemas carcerários segue uma lógica neoliberal da economia. No Brasil, essa política tornou-se consolidada nos idos de 1990, a partir da implementação do Estado Mínimo, com a proposta de ampliar a liberdade econômica, flexibilizar a legislação trabalhista e reduzir os impostos⁷.

Contudo, essa política social brasileira, além de reduzir a responsabilidade do Estado nas políticas públicas, é marcada pela desorganização e destruição na prestação dos serviços sociais.

Paralelamente, as bases do atual sistema prisional encontram legitimidade no discurso de controle e dominação, típico de uma sociedade meritocrática e disciplinadora que busca a vigilância e punição.

Na década de 90, passou-se a acrescentar nessa concepção as ideologias de lucratividade e acumulação capitalista. Assevera Gomes Bredow:

“Assim, o clamor popular por mais penas, embasadas na política de insegurança projetada diariamente, em somatório a um crescimento dos índices de encarceramento, brilhavam aos olhos de algumas indústrias privadas (empresas de segurança privada) como oportunidade de vastos e duradouros lucros, lógica que parecia e pode ainda parecer correta, mas que as experiências brasileiras mostraram não se sustentar [...]”⁸.

Assim, a privatização pode transformar o sistema penitenciário brasileiro em um palco de corrupção das empresas, a ponto de os direitos previstos na Lei de Execução Penal serem considerados mercadorias e meio de lucratividade, afastando a finalidade de ressocialização⁹.

7. BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do Estado Brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização?, p. 204.

8. BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do Estado Brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização?, p. 208.

9. Arremata Gomes Bredow: “A retração da privatização do Sistema Prisional brasileiro, nesse cenário, não se constitui como uma demonstração do compromisso do Estado com os presos, pelo contrário, apenas demonstra que o lucro não foi suficiente para a iniciativa privada, frente ao complexo e desumano universal prisional. É necessário inverter a indagação sobre os custos que o país tem que arcar com a violência para: quem está lucrando

Também é inconcebível a manutenção de um Direito Penal baseado na ideologia do lucro por meio do sofrimento humano¹⁰.

Complementa Anthoni Thiesen que a Pastoral Carcerária inferiu, a partir de pesquisas nas prisões privatizadas no Brasil, que não tem sido vantajosa a relação de custo e benefício das prisões privatizadas, seja na perspectiva jurídica seja financeira. Acusa-se, ademais, uma falta de transparência acerca das informações relativas às condições dos presos e, ao mesmo tempo, um sistema de restrição de seus direitos¹¹.

Não bastasse isso, o direito de punir é de titularidade do Estado, principalmente no que diz respeito à salvaguarda da segurança jurídica, de modo que é indelegável e intransferível, sob pena de inconstitucionalidade.

Preconiza o artigo 144 da Constituição brasileira de 1988 que a segurança pública é dever do Estado, Direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal e das polícias civis.

E arremata Geovanna Mattos: *“A execução da pena é uma função pública intransferível. Há tempos que não mais se admite que um particular coaja outrem com o uso da força, cabendo exclusivamente ao Estado assegurar a ordem jurídica”*¹².

Registra-se que, nos últimos tempos, a experiência norte-americana com os presídios privados tem estimulado uma verdadeira indústria de controle do crime que se destina ao crescimento da população carcerária para a obtenção de lucros cada vez maiores.

Em 2016, o governo estadunidense também enfrenta a problemática da superlotação carcerária, sobretudo com os programas de lei e ordem e de “guerras às drogas”. O próprio governo admitiu que o sistema de presídios privados é de qualidade inferior ao do sistema pública, gerando mais gastos que economia. Assim, já houve o posicionamento oficial acerca do fim dos presídios privados sob a tutela do governo federal, a despeito de serem mantidos aqueles sob tutela dos governos estaduais¹³.

com esta sensação generalizada de medo? E com o ‘aumento’ da violência? Para quem, ou para que, é necessária uma intolerância ao extremo? E, como considera Bauman, fazer a pergunta certa pode ser a grande diferença entre sina e destino, entre andar e navegar.” (BREDOW, Suleima Gomes. O desmonte do Estado Brasileiro e a privatização do sistema prisional: quem comemorou a conquista dos direitos sociais? Onde foram os lucros desta privatização?., p. 214).

10. MATTOS, Geovana Tavares de. A inconstitucionalidade da privatização dos presídios, 2009, p. 494.

11. THIESEN, Anthony. *Privatização dos presídios: poder, controle social e falsas promessas*, 2016, p. 82. Esse trabalho acadêmico foi publicado em obra jurídica: THIESEN, Anthony. *Privatização dos presídios: poder, controle social e falsas promessas*, 2017.

12. MATTOS, Geovana Tavares de. A inconstitucionalidade da privatização dos presídios, 2009, p. 490.

13. Atualmente, a população carcerária dos Estados Unidos é de 2,3 milhões de presos, dentre os quais 193.461 são mantidos em presídios federais e, dentro desse grupo, 22.164 em presídios privados.

Já para uma segunda corrente, a privatização é uma política a ser adotada na realidade brasileira.

Decerto, o Estado não dispensaria recursos financeiros para a construção dos estabelecimentos penitenciários. Ademais, os prazos de construção das obras seriam menores e mais céleres, tendo em vista que as empresas interessadas não são obrigadas a participar de licitação, dispensando-se eventuais processos burocráticos nos meandros do Estado.

Além disso, o Estado reduziria os custos financeiros com a manutenção do sistema penitenciário, transferindo-os, em boa parte, à responsabilidade da iniciativa particular.

Em síntese, infere-se que as políticas de privatização e terceirização dos presídios devem ser alçadas a um debate crítico, a fim de que seja esmeradamente refletida a concepção punitiva do Estado na contemporaneidade. Nada obstante, parecem ser, ao menos no plano teórico, uma proposta arriscada e não condizente com a atual realidade brasileira, tendo em vista a incidência da corrupção e do crime organizado nos mais diversos setores da sociedade.

2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

2.1. Conceito

A partir da condenação do réu pela instância ordinária ou pelo juízo natural, pode ser que ele seja preso provisoriamente, aguardando o julgamento do recurso pelo tribunal superior competente.

Bem assim, a execução provisória da pena consiste na possibilidade de o condenado à pena privativa de liberdade, que se encontra preso cautelarmente ou em liberdade e já condenado pelo juízo natural, pleitear a progressão de regime e outros benefícios de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória proferida contra ele – e a partir do trânsito em julgado para a acusação em relação à pena que foi aplicada ao próprio condenado¹⁴.

Prevalece que, atualmente, a regra é a execução imediata da pena. Nada obstante, é possível, em caráter excepcional, a execução provisória da pena nos seguintes casos:

- réu preso cautelarmente;
- e réu em liberdade, devido à nova roupagem constitucional do princípio do estado de inocência trazida pelo recente entendimento do Supremo Tribunal Federal.

14. MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado*: parte geral, 2012, p. 585.

Antes de analisar as hipóteses acima mencionadas, cabe a compreensão sobre os fundamentos legais da execução provisória.

2.2. Fundamentos Legais

Tanto a doutrina como a jurisprudência se inclinam à possibilidade da execução provisória da pena.

Da mesma forma, o ordenamento jurídico prevê a possibilidade da execução provisória, com os seguintes fundamentos legais:

2.2.1. Art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84

O artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, dispõe que a própria Lei de Execução Penal é aplicável ao preso provisório. De acordo com esse dispositivo legal:

“Art. 2º. A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal.

*Parágrafo único: Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao **preso provisório** e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.”*

Se é aplicável a Lei de Execução Penal ao preso provisório, logo também incidem seus institutos ao próprio preso provisório, tal como a progressão de regime prisional para a execução provisória.

2.2.2. Provimento n. 653/99, do Conselho Superior da Magistratura

Dispõe sobre o dever do magistrado de expedir, após a condenação, guia de recolhimento provisório, determinando a sua remessa ao juízo das execuções penais competente para a execução provisória¹⁵.

2.2.3. Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal

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

15. MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado*: parte geral, 2012, p. 587.

2.2.4. Resolução 19/06, do CNJ

Em 2006, a Resolução 19 do Conselho Nacional de Justiça foi editada com a finalidade de regulamentar a execução provisória da pena, considerando a necessidade de possibilitar ao preso provisório, a partir da condenação, o exercício do direito de petição sobre direitos pertinentes à execução penal, sem prejuízo do direito de recorrer.

Dispõe o artigo 1º dessa Resolução:

“Art. 1º. A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatórios, ainda sujeitos a recurso sem efeito suspensivo, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal.”

2.3. Competência

Cabe ao juízo da execução a competência de analisar a execução provisória.

Com o trânsito em julgado para a acusação ou se a pena tiver sido fixada no máximo legal previsto em lei, o juiz da ação penal (instância ordinária) expedirá guia de recolhimento provisório, que será encaminhado à vara de execuções penais¹⁶.

2.4. Réu Preso Cautelamente

2.4.1. Hipóteses de Cabimento

A execução provisória do réu preso cautelamente é cabível nas seguintes hipóteses:

- trânsito em julgado para a acusação em relação à pena que foi imposta ao condenado;
- ou pena fixada no patamar máximo legalmente previsto e recurso apenas da defesa.

2.4.1.1. Trânsito em Julgado para a Acusação em relação à pena que foi imposta ao condenado

O pressuposto essencial da execução provisória é o trânsito em julgado para a acusação em relação à pena que foi imposta ao condenado, o que ocorre se o Ministério Público:

- a) não recorrer, concordando com a pena imposta ao réu;

16. MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado*: parte geral, 2012, p. 587.

b) interpor recurso contra a decisão judicial de primeiro grau para discutir as seguintes matérias:

- regime prisional;
- substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;
- concessão de *sursis*.

Uma vez discutidas essas matérias, há o trânsito em julgado para a acusação em relação à pena que foi imposta ao condenado, cabendo a execução provisória.

2.4.1.1.1. *Observação: Recurso da Acusação para pleitear o aumento de pena do condenado*

a) inviabilidade de execução provisória

Se a acusação recorrer contra a decisão para pleitear o aumento de pena do condenado, não será possível a execução provisória, pois a pena ainda poderá ser aumentada no julgamento do recurso.

b) viabilidade de execução provisória

Nada obstante, prevalece no Supremo Tribunal Federal que é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade se os recursos ainda a serem julgados não tiverem efeito suspensivo¹⁷.

2.4.1.1.2. *Pena Fixada no Patamar Máximo Legalmente Previsto e Recurso Apenas da Defesa*

Pode ocorrer de a sentença de primeiro grau fixar pena no patamar máximo legalmente previsto, no que, possivelmente, somente a defesa recorrerá contra essa decisão judicial.

Ressalta-se que, se houver apenas recurso da defesa, a pena não poderá ser aumentada, pelos seguintes motivos:

- a)** proibição de “*reformatio in pejus*”, com fundamento no artigo 617 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: “Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.
- b)** a pena já foi aplicada no limite máximo em abstrato previsto em lei, não comportando qualquer aumento.

17. MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado*: parte geral, 2012, p. 587.

Masson cita o seguinte exemplo:

“A foi preso em flagrante pela prática de roubo com emprego de arma (CP, art. 157, §2º, I), e nessa situação permaneceu durante a ação penal. Depois de um ano foi proferida sentença, resultando em sua condenação à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado. O Ministério Público, intimado da sentença, não recorreu, enquanto a defesa interpôs apelação postulando a absolvição. Anote-se: A já está preso há um ano, isto é, já cumpriu 1/6 da pena imposta (CP, art. 42). Presente, portanto, o requisito objetivo da progressão. Se comprovado o seu mérito, poderá progredir desde já para o regime semiaberto, sendo desnecessário aguardar, para essa finalidade, o trânsito em julgado da condenação”¹⁸.

2.5. Réu em Liberdade

A execução provisória do réu em liberdade deve ser compreendida sob dois momentos da jurisprudência nacional, a saber:

a) 1º momento: não era possível a execução provisória do réu em liberdade, pois tal instituto afrontava o princípio do estado de inocência no sentido genuinamente trazido pela Constituição brasileira de 1988;

b) 2º momento: é possível a execução provisória do réu em liberdade, pois foi conferida nova roupagem ao estado de inocência a partir do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Em linhas gerais, a execução provisória da pena do réu em liberdade deve ser analisada na perspectiva do princípio do estado de inocência, sobretudo nos variados sentidos que tal princípio passou a apresentar no cenário jurídico brasileiro.

2.5.1. Princípio da “presunção” de inocência

2.5.1.1. Previsão Legal

“Art. 5º. LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

2.5.1.2. Sentido

Sob o ângulo do Direito Penal e Processual Penal nacionais, infere-se que o princípio do estado de inocência passou a apresentar dois sentidos distintos, a saber:

- sentido expreso originariamente na Constituição de 1988
- sentido exprimido pelo Supremo Tribunal Federal

18. MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado*: parte geral. V. I, 2012, p. 586.

2.5.1.2.1. *Sentido expresso originariamente na Constituição de 1988*

Conforme já salientado, a execução provisória da pena do réu em liberdade não era possível, tendo-se em conta o sentido do estado de inocência originariamente contemplado pela Constituição brasileira de 1988.

À luz do Estado Democrático de Direito, o estado natural da pessoa é a inocência, cujo direito é indisponível e irrenunciável, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Vale dizer, a inocência é a regra, enquanto que a culpa é a exceção.

Decerto, a pessoa nasce inocente e assim permanece por toda vida, a menos que se incline à prática de uma infração penal, cuja ocorrência seja efetivamente comprovada pelo Estado por meio de uma condenação criminal definitiva (*“trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*), ou seja, decisão contra a qual não é mais cabível qualquer tipo de recurso, restando aperfeiçoada a certeza da culpa, em homenagem ao princípio do devido processo legal.

Assim, com o trânsito em julgado da condenação, logra-se a certeza da culpa, a ponto de afastar a inocência e, então, o acusado ser considerado culpado pela prática do delito.

Logo, a inocência não é uma mera presunção, mas um estado, motivo pelo qual se revela mais apropriado se referir a esse princípio como estado de inocência.

2.5.1.2.2. *Recentes entendimentos do Supremo Tribunal Federal*

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 126.292/SP, relativizou o princípio constitucional da *“presunção”* de inocência, permitindo a execução provisória da condenação criminal do réu em liberdade.

De acordo com o entendimento da Suprema Corte, a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve a reflexão sobre os seguintes pontos:

- o alcance do princípio da *“presunção”* da inocência;
- e a busca do necessário equilíbrio entre a *“presunção”* de inocência e a efetividade da jurisdição penal, de modo que tal equilíbrio se volta não só ao atendimento das garantias individuais do acusado, mas também da sociedade.

É bem verdade que a execução provisória da pena privativa de liberdade de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, já encontrava respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal balizada à luz da Constituição brasileira de 1988.

Da mesma forma, prescreve a Súmula 716 do Pretório Excelso que *“Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”*.

Também é o teor da Súmula 717 da Suprema Corte: *“Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”*.

Conforme o Supremo Tribunal Federal, faz-se mister que o estado de inocência seja resguardado integralmente antes de prolatada a sentença penal condenatória no juízo de primeiro grau (via ordinária), na qual há um juízo de culpa, embora não definitivo, pois a decisão é suscetível de recurso de apelação perante tribunal de hierarquia superior. Uma vez interposta a apelação e caso o tribunal superior profira acórdão pela manutenção da decisão condenatória de primeiro grau, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não há mais a possibilidade de exame sobre os fatos e provas da causa, no que se aperfeiçoa o juízo da culpa do acusado e, via de consequência, o duplo grau de jurisdição.

Em condições normais, o réu (solto) poderia recorrer em liberdade às vias extraordinárias, ou seja, interpor recurso especial ou extraordinário ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente. Ocorre que, no caso em questão, esses recursos, à exceção da revisão criminal, não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, pois não têm ampla devolutividade, já que não possibilitam o debate das matérias fática e probatória, ocorrendo uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Assim, não é possível conferir efeito suspensivo da decisão via recursos especial e extraordinário, mas tão somente efeito devolutivo¹⁹.

Nada obstante, o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram, respectivamente, as ações declaratórias de constitucionalidade n. 43/DF e n. 44/DF, pleiteando a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, a fim de reconhecer que a prisão só é cabível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória transitada em julgado, salvo em caso de prisão em flagrante ou de decretação de prisão cautelar.

Em outubro de 2016, a Suprema Corte, no julgamento das ações declaratórias, manteve o entendimento acerca da possibilidade de execução provisória da pena, enfatizando os seguintes fundamentos:

- o novo Código de Processo Civil não confere efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, autorizando o imediato cumprimento da pena pelo condenado;
- dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal que *“ninguém será considerado culpado”*, e não que *“ninguém será preso até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*;
- e o Direito Penal não pode conferir proteção insuficiente, sobretudo no âmbito da punição processual.

19. STF, HC 126292/SP, Min. Rel. Teori Zavascki, Julgado em: 05/02/2015, publicado no Informativo 814.

2.5.1.2.2.1. Críticas: em defesa do estado de inocência à luz dos direitos humanos e fundamentais

Por outro lado, grande parcela da comunidade jurídica passou a tecer críticas acerca da relativização do estado de inocência.

Segundo Eugênio Pacelli, a decisão do Supremo Tribunal Federal não é apropriada, pois a discussão sobre a execução provisória da pena na perspectiva do estado de inocência não é matéria que deve ser analisada a partir da conformação legislativa, mas evidentemente de alteração na Lei Fundamental por emenda constitucional.

Para o predito autor, *“A menos que se modifique a Constituição, como assim queria a conhecida proposta de Emenda Constitucional designada por ‘Emenda Peluso’, não vemos como alterar o conceito de trânsito em julgado, não ser por essa via constitucional”*²⁰.

Para Paulo Rangel, *“O STF confundiu prisão cautelar (que pode ser adotada no curso do processo) com presunção de inocência.”* Assim, o acusado que tumultua o curso do processo de conhecimento deve ter sua prisão cautelar decretada, embora ainda seja presumidamente inocente. Logo, *“Uma coisa é o princípio da presunção de inocência; outra é o instituto da prisão cautelar que continua em vigor no ordenamento jurídico (art. 5, LVII e LXI)”*²¹.

Complementa o sobredito autor que, com essa decisão, a Suprema Corte não se preocupou com a análise do estado de inocência *de per si*, mas com a morosidade no julgamento dos recursos interpostos na instância extraordinária.

Recentemente, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do *Habeas corpus* n. 135.100/MG, com pedido de medida cautelar, entendeu, em relatoria, que a execução provisória da pena é uma flagrante afronta ao princípio do estado de inocência, sob o fundamento de que o *status* da inocência é um direito fundamental que deve prevalecer até o trânsito em julgado da condenação criminal.

Em linhas gerais, o reconhecimento da execução provisória da pena gera reflexos dos mais diversos no âmbito do sistema criminal, sobretudo no campo da prescrição e da revisão criminal²², cujos desafios deverão ser enfrentados pela atividade pretoriana ao longo do tempo no Brasil.

20. PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*, 2016, p. 48.

21. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, 2016, p. 840.

22. Tem-se sustentado, inclusive, a possibilidade de revisão criminal em sede de execução provisória da pena, ainda que antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2.6. Artigos com Maior Incidência em Provas

TEMA	ARTIGOS
Princípio do Estado de Inocência	Art. 5º, LVII, CF e Art. 283 CPP
Modalidades de prisão provisória	Arts. 301 a 310, CPP e Lei 7.960/89
Pressupostos Cautelares	Art. 312, CPP
Relativização do Princípio do Estado de Inocência	<i>Habeas Corpus nº 126.292/SP STF</i>

CAPÍTULO VI

1. QUESTÕES

01. (MPE/SP – 2011) Analise as seguintes assertivas com relação à prisão e à liberdade provisória:

- I. se a infração penal for inafiançável, a falta de exibição do mandado obstará a prisão;
- II. a falta de testemunhas da infração penal impedirá o auto de prisão em flagrante;
- III. a prisão temporária poderá ser decretada de ofício pelo Juiz;
- IV. nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante ao condutor de veículo, se prestar pronto e integral socorro a ela;
- V. nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, a prisão temporária terá o prazo de 30 (trinta) dias.

Está correto apenas o que se afirma em:

- a) I e II.
- b) I e III.
- c) II e V.
- d) III e IV.
- e) IV e V.

02. (TJ/SP – 2014) Assinale a opção que contenha assertiva verdadeira no tocante às medidas cautelares diversas da prisão:

- a) Em virtude de seu caráter cautelar, as medidas ora tratadas se aplicam às infrações a que não forem – isolada, cumulativa ou alternativamente – cominadas pena privativa de liberdade.
- b) Se ausentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz deve conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança dependendo do caso, podendo cumular a liberdade provisória com qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, desde que não tenha concedido a fiança.
- c) No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas nas medidas cautelares, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, vedada a prisão preventiva.
- d) O juiz só deve converter a prisão em flagrante em preventiva se verificar presentes seus requisitos e desde que tenha entendido não serem suficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

03. (MPE/SP – 2012) É correto afirmar:

- a) A prisão em flagrante não é cabível nas infrações de menor potencial ofensivo, se o autor do fato assumir o compromisso de comparecer ao juizado especial criminal, e nos crimes de homicídio e lesão corporal culposos, se o agente prestar imediato e integral socorro à vítima.
- b) A prisão preventiva não pode ser decretada de ofício pelo juiz no inquérito policial, não é admissível em crimes culposos e pode ser substituída pela liberdade provisória se demonstrado por prova idônea que o indiciado ou acusado é maior de 80 anos de idade.
- c) A fiança não pode ser concedida sem a prévia oitiva do Ministério Público, pode ser prestada após a sentença condenatória e cassada no curso do processo se a inovação na classificação do delito a tornar incabível.
- d) A prisão temporária pode ser decretada pelo juiz de ofício ou em face de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, caso em que prevê a lei o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a prolação da decisão.
- e) O comparecimento periódico em juízo, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, a internação provisória e a fiança incluem-se entre as medidas cautelares diversas da prisão.

04. (TJ/SP – 2015) A liberdade provisória, assegurada pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal, não pode depender de um ato meramente discricionário do magistrado. Assim, a decisão deve conter a

- a) desnecessidade da manutenção da prisão apenas no momento processual.
- b) fundamentação sucinta e sem análise que prejudique o interesse do mérito.
- c) invocação, ainda que formal, dos dispositivos ensejadores de sua concessão.
- d) demonstração concreta que impõe a privação da liberdade antes da decisão de mérito.

05. (TJ/RS – 2016) Sobre prisão, medidas cautelares e liberdade provisória, assinale a alternativa correta.

- a) Somente se admite a decretação de prisão preventiva nos crimes dolosos cuja pena mínima for igual ou superior a 4 (quatro) anos, desde que presentes prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria.
- b) A autoridade policial somente poderá se manifestar sobre a decretação de fiança nos crimes cuja pena máxima for igual ou inferior a 2 (dois) anos. Nos demais casos, a competência para sua concessão será exclusiva do juiz.
- c) Segundo a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, as medidas cautelares dispostas no artigo 319 do Código de Processo Penal não podem ser aplicadas de forma cumulativa.
- d) Em caso de descumprimento das medidas cautelares impostas, o juiz deverá decretar imediatamente a prisão preventiva do investigado/acusado.
- e) De acordo com o Código de Processo Penal, no curso do inquérito policial, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva do investigado de ofício, sendo necessário, para tanto, requerimento do Ministério Público, do querelante ou de seu assistente, ou, ainda, representação da autoridade policial.

06. (PGR – Procurador da República – 2015) Em tema de sanções penais assinale a alternativa incorreta, consoante jurisprudência sumulada do STF:

- a) Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória;
- b) Impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial;
- c) A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada;
- d) A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

2. GABARITO

Questão	Resposta	Fundamentação
1	E	Art. 2º, § 4º, Lei 8.072/90 Art. 301, Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro)
2	D	Art. 310, II, Código de Processo Penal
3	E	Art. 319, Código de Processo Penal
4	D	Arts. 283 e 310, Código de Processo Penal
5	E	Vide questão.
6	B	Súmula 717, STF

REFLEXOS CRIMINAIS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

CONSIDERAÇÕES GERAIS

Hodiernamente, parte da doutrina tem defendido a existência do direito ao esquecimento, também conhecido como direito à autodeterminação informativa, “Direito de ser esquecido”, de “ser deixado em paz” ou de “estar só” (*“the right to be forgotten”*), como corolário dos direitos à privacidade, à honra e, acima de tudo, à dignidade humana.

Com efeito, o inciso III do artigo 1º da Constituição brasileira de 1988 consagra a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Da mesma arte, preconiza o inciso X do artigo 5º da Lei Fundamental que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Além disso, dispõe o artigo 21 do Código Civil que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Prevalece que o direito ao esquecimento consiste na proteção da vida privada, ou seja, seu titular tem o interesse de não ser mencionado pela mídia sobre fato pretérito que o submeta a constrangimento, ainda que verídico, razão pela qual tal fato deve ser retirado do alcance público, pois, com o transcurso do tempo, caiu ao esquecimento social, não devendo ser resgatado nem levado a conhecimento geral, com baluarte na dignidade humana¹. Em miúdos, desponta como uma proteção do indivíduo face ao superinformacionismo.

Nesse contexto, o direito ao esquecimento produz diversos reflexos na seara criminal, sobretudo nos crimes de imprensa.

Em um primeiro momento, cabe analisá-lo na perspectiva dos direitos do preso. No Direito comparado, decidiu o Tribunal Constitucional alemão que um canal de

1. Segundo Bruno César Ribeiro de Paiva: “O direito ao esquecimento é aquele inerente ao ser humano de não permitir que um fato ocorrido em dado momento de sua vida, ainda que verídico, seja exposto ao público, causando-lhe transtornos ou sofrimento. É também conhecido como direito de ser deixado em paz ou de estar só” PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O Direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação, p. 275.

televisão fosse proibido de exibir um documentário referente a determinado acusado, alegando que a imprensa não pode explorar, por prazo indeterminado, a pessoa do criminoso e sua vida privada, sob o risco de embaraçar sua ressocialização².

Já no Brasil, a “*chacina da candelária*” foi um dos casos inéditos de discussão acerca do direito ao esquecimento no cenário nacional, em que Jurandir França foi indiciado pela suspeita da prática de homicídios em sequência e, assim, requereu o esquecimento dos fatos noticiados amplamente pela mídia no decorrer do tempo³.

A jurisprudência pátria também firmou o entendimento de que o acusado tem o direito de que seus antecedentes criminais não sejam trazidos à tona após determinado período de tempo, com vistas a sua ressocialização. A teor do Enunciado 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil pelo Conselho de Justiça Federal: “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”.

Nesse prisma, vislumbra-se certa margem para a concretização da justiça restaurativa ou reconstrutiva⁴, na qual o Estado deixa de ser essencialmente repressor e, assim, busca a reconstrução do elo social mediante a reparação e a reconciliação, a ponto de superar o ressentimento e fomentar a solidariedade. Assim, a justiça reconstrutiva volta-se ao futuro, concebendo o esquecimento e o perdão social como meios de resgate da honra, do respeito e do reconhecimento do malfeitor na sociedade⁵.

Certo é que o Supremo Tribunal Federal ainda não coleciona vastos precedentes relacionados ao direito ao esquecimento.

Exemplificativamente, aponta-se o caso do programa “Linha Direta”, exibido em 2004. Aduziram os familiares da vítima de um homicídio, que teve repercussão nacional, que a exibição midiática lhes causou um sensacionalismo desmedido, provocando feridas psicológicas.

2. PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação, p. 276.

3. STJ, Quarta Turma, REsp n. 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em: 28/05/2013.

4. De se ver que o Conselho Nacional de Justiça, no dia 31 de maio de 2016, aprovou e publicou a Resolução 225, que versa sobre a Política Nacional da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução, a partir de orientações internacionais e da realidade nacional, apresenta o conceito de Justiça Restaurativa, suas providências, elenca a participação do ofensor, vítima e comunidade como imprescindível para composição das práticas restaurativas, a obrigatoriedade do facilitador restaurativo e determina quem poderá exercer tal função, e, ainda, entre outras disposições, especifica as atribuições ao poder judiciário vinculadas ao procedimento. Em que pese o avanço na regulamentação da matéria, entende-se que a justiça restaurativa deve ser disciplinada por lei, a fim de que seja previsto um procedimento próprio à luz dos princípios e garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da legalidade e do contraditório e da ampla defesa.

5. BOLDT, Raphael; A DEODATO, João Maurício. Memória, perdão e esquecimento: reconstruindo os horizontes da justiça penal contemporânea a partir das representações simbólicas dos sistemas vindicativos, p. 134.

O caso chegou à apreciação da Suprema Corte no agravo em recurso extraordinário n. 833.248 RG/RJ, firmando-se o entendimento pela repercussão geral do direito ao esquecimento na esfera civil, sob o fundamento de haver densidade constitucional e a necessidade de harmonização de princípios constitucionais⁶.

Trata-se de precedente inédito na atividade jurisprudencial brasileira, porquanto analisado na perspectiva da vítima do delito. Haverá o Pretório Excelso de enfrentar uma linha tênue na ponderação do direito ao esquecimento, dedicando-se à reflexão dos seguintes pontos:

- até em que momento é possível alegar o esquecimento;
- se todo fato ocorrido no passado pode ou não ser invocado como objeto de esquecimento;
- se há um fator determinante que possa trazer o fato pretérito a conhecimento de todos no presente;
- caso reconhecida a ilicitude, discute-se qual seria a sanção mais compatível, ou seja, a tutela inibitória, a tutela reparatória genérica ao dano moral ou a tutela específica destinada a exigir a atualização das informações, propiciando o conhecimento da verdade dos fatos pelo público.

O debate dessa questão tornou-se mais acentuado a partir da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o reconhecimento do direito ao esquecimento aos provedores de serviços de busca na internet, sobretudo da remoção de fotos e vídeos de “pornografia de vingança” (*revengeporn*)⁷.

Assinala-se, à primeira vista, que o pretenso direito ao esquecimento parece guardar compatibilidade com uma das mais modernas finalidades da pena, qual seja, a ressocialização do infrator.

Salienta-se, outrossim, que o direito ao esquecimento não se confunde com o **direito de desindexação**, sendo que o último consiste na garantia de o usuário da rede mundial de computadores solicitar a retirada de seu nome ou de fatos correlatos registrados em *links* de buscadores *online*.

Certo é que o direito ao esquecimento é um tema árduo, devendo ser alçado a um debate crítico sob o ângulo do Direito brasileiro, sobretudo no que diz respeito aos seus reflexos no âmbito da persecução criminal e da execução da pena⁸.

6. Nesse sentido: STF, ARE n. 833.248, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em: 11.12.2014.

7. JANNY, Raphael Lobato Collet. A liberdade de expressão e o direito ao esquecimento na internet. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 137, p. 54-60, jul./ago. 2015, p. 54.

8. A propósito do tema, cf. VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Crimes de imprensa e aspectos práticos de processo penal*: liberdade de expressão, direitos da personalidade, inquérito policial, procedimento e comentários à Lei do Direito de Resposta (Lei n. 13.188/2015), 2017.

» **Atenção:**

De todo caso, o **direito ao esquecimento**, se reconhecida a sua existência e aplicação no processo penal, consiste na preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido por meio do segredo de justiça, para evitar sua exposição aos meios de comunicação. Esse modelo de resposta já foi exigido em prova de múltipla escolha de primeira fase.

REPARAÇÃO DO DANO NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Em se tratando de crimes contra a ordem tributária e crimes previdenciários (artigo 168-A, que tipifica a apropriação indébita previdenciária, e artigo 337-A, que dispõe sobre a sonegação previdenciária), a concessão da reparação do dano sempre foi objeto de críticas sob o ângulo das mais diversas legislações.

Com efeito, as múltiplas leis dificultam a exata compreensão dos fundamentos e dos requisitos do parcelamento e do pagamento do crédito tributário (dívida tributária).

Apontam-se as principais legislações editadas sobre o tema ao longo do tempo: **(i)** artigo 14 da Lei n. 8.137/1990; **(ii)** Lei n. 8.383/1991, inserida pelo artigo 34 da Lei n. 9.249/1995; e **(iii)** 1º Refis, criado através da MP 2.004-05 de 11/02/2000, sendo, após, convertida na Lei n. 9.964/2000; **(iv)** Lei n. 10.684/2003; e **(v)** Lei n. 12.382/2011, que alterou o artigo 83 da Lei n. 9.430/1996. De toda sorte, cabe a análise das seguintes legislações:

2. LEI N. 10.684/2003

Recentemente, foi editada a **Lei n. 10.684/2003**, que alterou a legislação tributária e passou a disciplinar o **parcelamento** de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Dispõe o artigo 9º, §2º, da mencionada legislação: *“Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o **pagamento integral** dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”*

Ademais, nos termos do artigo 9º, “*caput*”, da mencionada legislação, ocorre a **suspensão da pretensão punitiva** do Estado durante o período em que a pessoa jurídica estiver inserida no regime de parcelamento¹.

Por fim, a **prescrição criminal** não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva (artigo 9º, §1º, da Lei n. 10.684/2003).

3. LEI N. 12.382/11, QUE ALTEROU O ARTIGO 83 DA LEI N. 9.430/96

Recentemente, também foi editada a Lei n. 12.382/2011, que alterou o artigo 83 da Lei n. 9.430/1996, passando a dispor sobre os efeitos do **parcelamento** e do **pagamento integral** (pagamento à vista) dos créditos tributários no processo penal.

Dispõe o artigo 83, “*caput*”, da Lei n. 9.430/1996:

“A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.

Com relação ao **parcelamento** do crédito tributário, disciplina o artigo 83, §4º: *“Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento”.*

Em verdade, a redação do §4º é um tanto confusa, embora se refira à seguinte questão: extingue-se a punibilidade nos casos em que ocorrer o pagamento integral dos débitos tributários que tenham sido **objeto de parcelamento**.

Também há a previsão do §1º: *“Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento”.*

Ademais, nos termos do §2º do artigo 83 da mencionada legislação, ocorre a **suspensão da pretensão punitiva** do Estado durante o período em que a pessoa física ou jurídica estiver inserida no regime de parcelamento².

1. “**Art. 9º.** É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.”.

2. “**Art. 83. §2º.** É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.”.

Por fim, a **prescrição criminal** não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva (artigo 83, §3º, da Lei n. 10.684/2003).

4. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 2013, o **Supremo Tribunal Federal** sufragou o entendimento de que, para os crimes contra a ordem tributária e os crimes previdenciários, **extingue-se a punibilidade** do agente nos seguintes casos³:

a) Pagamento integral do crédito tributário

Extingue-se a punibilidade com o **pagamento integral** (à vista) do tributo, independentemente da espécie do tributo e do **momento do pagamento** (se antes ou depois do recebimento da denúncia criminal), **mesmo que já tenha sido proferida sentença condenatória**, esteja ou não a pessoa jurídica registrada no PAES, seguindo o disposto no artigo 9º, §2º, da Lei n. 10.684/2003.

Firmou-se o entendimento, outrossim, de que é possível o pagamento integral mesmo **após o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

b) Parcelamento do crédito tributário

Extingue-se a punibilidade com o **parcelamento do tributo**, cuja pretensão poderá ser requerida até o **recebimento da denúncia criminal**.

Neste caso, segue-se o disposto no artigo 83 da Lei n. 9.430/1996, com alteração trazida pela Lei n. 12.382/2011.

De se ver que o artigo 83 da Lei n. 9.430/1996, com alteração trazida pela Lei n. 12.382/2011, ao tratar de extinção da punibilidade, é lei de direito material (penal) e, assim, desfavorável ao agente, de modo que não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua alteração, ou seja, antes da Lei n. 12.832/2011.

» **Atenção:**

O artigo 168, §2º, do Código Penal, tem incidência subsidiária, trazendo condição específica de reparação do dano.

Neste caso, extingue-se a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, **antes do início da ação fiscal**.

Da mesma forma, é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que (art. 168, §3º, CP): **(i)** tenha promovido, **após** o início da ação fiscal e **antes de oferecida a denúncia**, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; **(ii)** o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

3. STF, Primeira Turma, HC n. 116828, Rel Min. Dias Toffoli. Julgado em: 13/08/2013.

PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

1. CONFIANÇA: CARÁTER AMPLO E MULTIDISCIPLINAR

Fundamentalmente, a confiança desponta como um dos eixos estruturais da sociedade contemporânea, eis que sua carência impediria o homem de enfrentar os riscos das atividades cotidianas, fazendo-o mover-se por um sentimento vago de temor perante seus pares. Assim, não há sociedade de risco sem confiança¹.

Nessa senda, a confiança apresenta um espectro amplo e multidisciplinar, pois avulta como uma escolha humana inexorável e eficiente para a construção social, encontrando-se onipresente em diversos setores da sociedade, seja no âmbito psicológico do indivíduo, seja na viabilização do processo de comunicação social, destinando-se ao fomento de condutas normativamente corretas no universo jurídico.² Destarte, permite a redução da complexidade social, vez que soluciona problemas enfrentados pelo homem diante dos riscos da contemporaneidade.³

Portanto, a confiança possibilita a manutenção de contatos anônimos, assim como o desenvolvimento de trabalhos ou atividades estruturados por uma permanente divisão de funções, de sorte que a lesividade de certos bens jurídicos não se condiciona somente ao obrar de um único indivíduo, mas também à atuação de outros participantes

-
1. Na sociedade contemporânea, o homem é cercado por riscos em seu entorno, no que forçosamente é levado a conviver com o risco e a tolerá-lo, perfazendo, destarte, uma sociedade de risco e uma sociedade programada, em que se desperta uma consciência do perigo no transcorrer da vida, em especial nos crimes culposos (ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal. La culpabilidad*, 1950, p. 1112; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, p. 233; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte geral*, 2008, p. 169; PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 37-40). Outros mecanismos incidem concomitantemente com a confiança como forma de definir a organização da modernidade, v.g., a lei, a organização e a linguagem (LUHMANN, p. 164 *apud* ABRALDES, Sandro Fabio. CEREZO MIR, José (Prefaciador). *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 385). Para maiores detalhes, cf. VALENTE, Victor Augusto Estevam. Princípio da confiança: um vetor ético para a interpretação do Direito Penal moderno. In: *Direito globalizado, ética e cidadania*, 2017.
 2. Esse entendimento é promanado no domínio da sociologia, em particular sob o ângulo da *teoria dos sistemas sociais* de Niklas Luhmann (LUHMANN, Niklas. *Confianza*, p. 07 e 50).
 3. Pondera Mariñez Sánchez que a confiança tem sido analisada à luz das ciências sociais de diversas formas: (i) sob um enfoque nas características individuais das pessoas, a partir de experimentos ou técnicas psicossociais; (ii) em um plano de maior amplitude, geralmente sociológico, no qual muitas das descrições ou das teorias produzidas cientificamente dedicam-se à reflexão sobre em que condições se poderia manter uma ordem moral por meio da dimensão normativa, considerando que os valores como a justiça e a solidariedade seriam condições para gerar uma confiança social; e (iii) na opinião de Mariñez, a confiança não pode ser entendida exclusivamente em um plano cognitivo (comportamento humano; relações interpessoais), tampouco generalizado (normas e valores), pois ambas as perspectivas se inserem mutuamente no sistema social (SÁNCHEZ, César David Mariñez. *La confianza: aproximaciones teóricas y propuesta sistémica para sua bordaje en las ciencias sociales*, p. 192-193).

do respectivo subsistema social (v.g., nas empresas; obras de engenharia; de equipes médicas e de comercialização; e de distribuição de produtos de consumo).

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Substancialmente, a confiança pode apresentar as mais variadas nuances sob o prisma jurídico, a saber:

- como função instrumental, a ponto de constituir-se em bem jurídico-penal;
- um critério interpretativo ou uma simples regra costumeira complementar à luz da teoria da imputação;
- ou um princípio jurídico, cuja característica provém não só de suas particularidades normativas, como também de sua dimensão sociológica e psicológica.

Para Hefendehl, em certas infrações penais, subjaz a categoria do bem jurídico da confiança (*Vertrauensrechtsgut*), de talhe coletivo, v.g., nos delitos de falsificação de moeda e nos delitos de funcionário público⁴, nos quais se busca a confiança na segurança da moeda e na incorruptibilidade do aparato de funcionários públicos.⁵

Analisando o Direito Penal econômico e empresarial, preleciona Klaus Tiedemann que os crimes econômicos apresentam o abuso da confiança como uma de suas notas características, pois as condutas da criminalidade de “colarinho-branco” se contradizem ao comportamento de um comerciante escorreito e detentor de moralidade na vida de negócios⁶.

4. Os bens jurídicos de confiança não se confundem com a confiança na vigência geral da ordem jurídica, tendo-se em vista que esta não tem relevância no campo do bem jurídico. Obtempera Hefendehl: “[...] A confiança tem papel constitutivo para certas instituições e, tanto o seu surgimento, como a sua destruição dependem de condições um tanto específicas. O objeto da confiança, seja ele uma pessoa ou uma instituição, tem de satisfazer assim certas exigências qualitativas para que os cidadãos possam a ele entregar-se e reduzir a complexidade de uma situação qualquer. Além disso, a confiança se transforma em desconfiança não de modo progressivo, e sim abrupto, ao ultrapassar certo limite. Essa particularidade do bem jurídico de confiança, a saber, a fragilidade de suas condições de subsistência, é uma razão adicional para a sua autonomia conceitual” (HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal, p. 68).

5. Roxin tece as seguintes críticas a essa concepção: (i) dificilmente se consegue comprovar a perturbação da confiança no caso concreto; (ii) ela é tão desnecessária como o ideário dos delitos de cumulação, pois, nas infrações mencionadas, haveria uma lesão real da circulação da moeda e da atividade da Administração; e (iii) é estranho que a lesão de um bem jurídico situa-se na psique dos cidadãos, como se houvesse um perda da confiança, eis que não é a função do Direito Penal dedicar-se, em um primeiro momento, à proteção dos estados psíquicos do sujeito, motivo pelo qual a confiança encontra-se, segundo Hassemer, em um plano demasiadamente elevado e abstrato, não podendo ser objeto de proteção penal (ROXIN, Claus. Sobre o recente embate em torno do bem jurídico. p. 198-199).

6. TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico, 1975, p. 462-463; El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico, 1986, p. 66-67.

Noutra perspectiva, a confiança consistiria meramente em um *critério interpretativo*⁷ ou uma *regra costumeira complementar de imputação*⁸, porquanto construída tanto pela doutrina como pela jurisprudência para a resolução de casos de imputação, sem se apresentar como um princípio legislado.

Seguindo essa concepção, aponta Abraldes que a confiança corresponderia, sob o ângulo da teoria do delito, ao critério de atuação do homem inteligente e sensato de Welzel. Cabe dizer, seria uma regra de imputação distinta das regras de comportamento, razão pela qual não necessitaria de consagração positiva, mas apenas da fixação de limites e condições para a sua aplicação.⁹

Já como um princípio jurídico, a confiança apresenta as seguintes funções:

- é um orientador da ação humana e do juízo da ação, regulando comportamentos individuais e grupais;
- e cumpre uma função interpretativa das normas jurídicas.¹⁰

Decerto, a confiança tem natureza principiológica, oriunda de seu caráter interdisciplinar, devendo ser compreendida não apenas sob o ângulo da dimensão normativa do Direito, como também da sociologia e da psicologia, pois, aprioristicamente, ela incide no plano comportamental dos cidadãos¹¹ e passa a ser determinante no domínio jurídico e na organização social.

Assim, resta evidente que a confiança possui um alcance abrangente e multidimensional, sendo insuficiente concebê-la, ao menos no campo jurídico, meramente como um critério ou um bem jurídico, assim como restringir seu estudo sob um paradigma de como deve se comportar a sociedade hodierna, o que reduziria a possibilidade de analisar os amplos e complexos fenômenos da atual realidade.

Logo, em se tratando de um princípio jurídico, a confiança deve encontrar seus limites tanto no domínio normativo como no âmbito sociológico e psicológico, tendo

7. FILHO, Antonio Carlos Santoro. *Teoria da imputação objetiva: apontamentos críticos à luz do Direito Penal brasileiro*, 2007, p. 81-2; DONNA, Edgardo Alberto. *El Delito Imprudente*, 2012, p. 192.

8. JESCHECK-WEIGEND, p. 581 *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte geral*, 2008, p. 179.

9. As regras de imputação formam um sistema axiomático dedutivo, composto de uma série de regras fundamentais, denominados axiomas, a partir das quais são estabelecidas as demais regras. Logo, são regras que possuem meramente uma função retrospectiva e se dirigem à pessoa que julga o fato posteriormente, diferentemente das regras de comportamento do Direito, consistentes em prescrições ou proibições dirigidas ao indivíduo, indicando-lhe o que deve fazer ou deixar de fazer (ABRALDES, Sandro Fabio. CEREZO MIR, José (Prefaciador). *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 385-86).

10. ROMEO CASABONA, p. 84 *apud* ABRALDES, Sandro Fabio. CEREZO MIR, José (Prefaciador). *Delito imprudente y principio de confianza*, p. 386, nota de rodapé, item 253).

11. A dogmática penal não deve deixar de levar em conta os dados da realidade social – v.g., a sociologia, a psicologia, a psicanálise e a antropologia –, sob pena de aquebrantar todo o arcabouço prático da ciência penal até então erigido. Também não cabe às outras ciências olvidar da inexorável dimensão normativa do Direito. Revela-se salutar sopesar os limites mínimo e máximo entre os diversos ramos do conhecimento (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992. p. 86-87).

sempre como escopo, já sob o prisma do Direito Penal, a proteção de bens jurídicos tipicamente relevantes.¹²

À luz do Direito Penal brasileiro, a confiança afigura-se como um orientador da ação humana, pois, no formato de um princípio geral de direito, ingressa pelas lacunas axiológicas do ordenamento e, guardando correlação com a obrigatoriedade das leis (art. 3.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB),¹³ passa a irradiar como um princípio (da confiança; da não desconfiança; do espanhol, “*confianza*”; ou, do alemão, “*Der Vertrauensgrundsatz*”), preponderantemente sobre dois ramos jurídicos:

- no Direito Civil, consubstanciada no princípio e na cláusula geral da boa-fé, destinando-se à interpretação dos negócios jurídicos;
- e no Direito Penal, como princípio geral de imputação em delitos negligentes, incidindo, no caso concreto, com uma função interpretativa e delimitadora do dever de cuidado, em especial da previsibilidade objetiva.¹⁴

Na órbita penal, tal princípio teve como nascedouro o Tribunal do Reich alemão, em particular o julgamento de delitos culposos de trânsito¹⁵. Já nos idos dos anos 50, a Suprema Corte germânica (*Bundesgerichtshof*) ampliou sua aplicação a outros casos de trânsito, conquanto tenha delimitado seu emprego ainda nos anos 60.¹⁶

Nesse cenário, os tribunais alemães pretenderam delimitar o dever objetivo de cuidado dos motoristas no trânsito viário, reconhecendo-lhes, por força desse princípio, a possibilidade de confiar na conduta correta dos demais intervenientes. Buscava-se, dessarte, limitar o excessivo alcance da previsibilidade, no sentido de que os atos irregulares de terceiros não eram, a rigor, previsíveis pelos motoristas prudentes.¹⁷

12. ABRALDES, Sandro Fabio. CERZO MIR, José (Prefaciador). *Delito imprudente y principio de confianza*, p. 335.

13. Infere-se que, na órbita penal, a obrigatoriedade das leis encontra-se vinculada à garantia da vigência da norma, em especial à proteção geral positiva (limitadora). O princípio da confiança tem o condão de assegurar a confiança geral nas normas penais, servindo de meio para garantir o respeito normativo, razão pela qual não deve lançar-se mão, preponderantemente, da prevenção geral negativa, mas também da prevenção geral positiva (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. El principio de confianza como critério normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas, p. 227-265).

14. Mesmo que em certas condutas seja ínsita a potencialidade de dano, demandando uma atuação em observância ao dever de diligência e a previsão de perigo, tais atividades acabam por ser toleradas em função de sua validade para a vida social, no que se revela necessário coadunar os riscos socialmente tolerados com a proteção da pessoa humana (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, p. 233 e 239).

15. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, p. 79; TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência: uma contribuição a teoria do crime culposos*, 1985, p. 148; GÓMEZ, Mario Maraver. *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación de principio de autor responsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, 2009, p. 35-36; DONNA, Edgardo Alberto. *El Delito Imprudente*, p. 191-92; PRADO, Luiz Regis. *Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*, 2006, p. 229.

16. MARAVER GÓMEZ, p. 50-1 *apud* DONNA, Edgardo Alberto. *El Delito Imprudente*, 2012, p. 193.

17. MARAVER GÓMEZ, p. 35-6 *apud* DONNA, Edgardo Alberto. *El Delito Imprudente*, 2012, p. 193.

Não obstante, a conveniência desse princípio na seara forense, conformando-o à expansão dos riscos sociais, alargou seu âmbito de incidência a toda atividade humana que envolvesse a atuação conjunta de participantes¹⁸, mormente em contextos de grupo e atividades comunitárias, a exemplo do obrar de uma equipe médica¹⁹ ou desportiva, bem como em acidentes de trabalho e em relações consumeristas.²⁰

Hodiernamente, encontra-se robustecido no Direito Penal espanhol e, de modo paulatino, vem sendo incorporado no ordenamento penal dos mais diversos países, como no caso do Brasil.

Por esse princípio, todo aquele que se comporta dentro dos limites do cuidado objetivamente exigido (teoria final da ação)²¹ ou do risco permitido (teorias fun-

18. Nesse sentido: Welzel; Cerezo Mir; Velásquez Velásquez; Romeo Casabona; Terragni; de la Fuente; Stratenwerth; Jorge de Figueiredo Dias; HurtadoPozo; Mantovani; Fierro; e Maraver Gómez. Preleciona Juarez Tavares que a elaboração desse princípio teve como ponto de partida a distinção entre o perigo produzido pelas forças naturais e o perigo produzido por ação de outras pessoas (TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência: uma contribuição a teoria do crime culposo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 148-49; *Teoria do crime culposo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 313-15). Alguns autores, de todo caso, têm restringido (equivocadamente) o alcance do princípio da confiança a apenas determinados subsistemas sociais, – principalmente no tráfego viário –, cuja ideia é vinculada ao fato de concebê-lo não como um instituto autônomo, mas como um caso especial de risco permitido (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas*, p. 243).
19. No Direito comparado, aludido princípio vem sendo sedimentado em casos de atividade médico-cirúrgica, em que o cirurgião pode geralmente confiar que seus colaboradores (v.g., anestesistas, ajudantes e enfermeiras) se comportarão diligentemente, contanto que não concorram circunstâncias especiais no caso concreto (JORGE BARREIRO, p. 119 *apud* DONNA, Edgardo Alberto. *El Delito Imprudente*, p. 194). Em linhas gerais, são exemplos de aplicação do princípio da confiança: (i) o motorista que tem prioridade em um cruzamento, não precisa reduzir sua velocidade em atenção a possíveis infrações de tráfego de outros condutores, pois pode partir da premissa de que será respeitada sua preferência, sendo que, em caso de colisão, a responsabilidade será de quem desatendeu a prioridade; (ii) também poderá confiar que os pedestres se comportarão de forma prudente, quando não atravessarem as ruas por lugares diversos dos permitidos, nem em oportunidades nas quais isto é expressamente proibido; (iii) o condutor do veículo pode confiar, em princípio, nas indicações de uma pessoa na hora de fazer uma manobra em que se carece de visibilidade; (iv) o Supremo Tribunal Federal alemão tem reconhecido que, em uma operação, os médicos especialistas intervenientes podem confiar na colaboração correta do colega de outra especialidade; (v) o médico pode confiar que uma enfermeira ministrará o medicamento correto na dose adequada, enquanto a enfermeira pode confiar nas instruções recebidas do médico, já que, em regra, correspondem às técnicas médicas; (vi) o cirurgião pode confiar nas capacidades do médico anestesista contratado pelo centro hospitalar aonde desempenha suas funções; (vii) aquele que entrega a revisão de seu veículo a um mecânico pode confiar que o trabalho será desenvolvido corretamente; e (viii) o comprador de um alimento pode confiar na lista de seus componentes e que sua data de vencimento está correta.
20. Jakobs caracteriza o princípio em tela como um princípio geral de imputação. Outros cultores têm restringido o seu alcance a apenas determinados subsistemas sociais, principalmente no tráfego viário, cuja ideia vincula-se ao fato de estruturá-lo não como um instituto autônomo, mas como um caso especial de risco permitido (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas*. Revista Ibero-Americana de Ciencias Penales, p. 243).
21. Para Santoro Filho: “Em conclusão, portanto, podemos deixar assentado que o “princípio da confiança”, como excludente da *imputação subjetiva* – e não da imputação do fato, como sustentam os adeptos da “teoria da imputação objetiva” – tem lugar apenas nas hipóteses de *concorrência* de ações e quando o agente que o invoca tiver agido de acordo com o dever de cautela exigível na situação concreta, apurado a partir das regras de experiência” (FILHO, Antonio Carlos Santoro. *Teoria da imputação objetiva: apontamentos críticos à luz do Direito Penal brasileiro*, 2007, p. 84). Também conferir: DONNA, Edgardo Alberto. *El Delito Imprudente*, 2012, p. 191.

cionalista e da elevação dos ricos)²², pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também atuarão cuidadosamente, seguindo as regras de experiência (*id quod plerumque accidit*),²³ de sorte que sua aplicação exclui a responsabilidade dos agentes quanto aos fatos que se situam fora do dever concreto que lhes é exigido no momento da ação.²⁴

Em uma sociedade civilizada, na qual imperam a racionalidade e a organização humana, o princípio da confiança propicia o livre desenvolvimento das atividades sociais, mas com a expectativa de que todos se comportem dentro dos parâmetros do dever de cuidado ou do risco permitido²⁵.

Assim, há de se ter uma margem de liberdade de atuação, sem o ideário de controlar o comportamento geral, haja vista que se cada qual assumisse tal tipo de postura, pautando-se pela *desconfiança*, não conseguiria sequer cumprir com suas próprias obrigações.²⁶

22. Para Bacigalupo: “De acordo com esse princípio não se imputarão objetivamente os resultados produzidos por quem agiu confiando que outros se mantivessem dentro dos limites do perigo permitido. Por exemplo: “A” atravessa um cruzamento com o semáforo verde, sem tomar medidas de precaução para o caso de outro veículo, que circula na direção diversa, não respeitar o semáforo vermelho que lhe impede a passagem, produzindo-lhe a morte na colisão; esse resultado não se imputa objetivamente por força do princípio da confiança” (BACIGALUPPO, Henrique. *Direito Penal – parte geral*, p. 250).

23. WESSELS, Johannes. *Direito Penal. parte geral (aspectos fundamentais)*, p. 150; BACIGALUPPO, Henrique. *Direito Penal – parte geral*, p. 250; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, 2014, p. 301; Tavares, Juarez. *Direito Penal da negligência: uma contribuição a teoria do crime culposos*, p. 148; *Teoria do crime culposos*, 2009, p. 313; Albuquerque, Mário Pimentel. *O princípio da confiança no Direito Penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*, 2006, p. 147-70; Prado, Luiz Regis. *Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*, 2006, p. 229; Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. v. 1: parte geral, p. 442; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*, 2007, p. 197-198; CALLEGARI, André Luís. *O princípio da confiança no Direito Penal*, 2001, p. 169-73; *O princípio da confiança no Direito Penal*, maio de 1999, p. 3.

24. Para Tavares: “Segundo este princípio, todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais co-participantes da mesma atividade operem cuidadosamente. A consequência da aplicação deste pensamento no Direito Penal seria a de, efetivamente, conceder aos agentes uma exclusão de obrarem além do dever concreto, que lhes é imposto nas circunstâncias e nas condições existentes no momento de realizar a atividade. Como, no entanto, seria absolutamente impossível exigir-se de cada pessoa atenção, além daquela atribuível, segundo juízo concreto de adequação, vigora este princípio como limitador do dever de cuidado, precisamente no âmbito da atividade concreta.” (TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência: uma contribuição a teoria do crime culposos*, p. 148). Já para Assis Toledo: “Se o dever objetivo de cuidado se dirige a todos, é justo que se espere de cada um o comportamento prudente e inteligente, exigível para uma harmoniosa e pacífica atividade no interior da vida social e comunitária. Seria absurdo que o Direito impusesse aos destinatários de suas normas comportamentos de modo desconfiado em relação ao semelhante, todos desconfiando de todos. Assim, admite-se que cada um comporte-se como se os demais se conduzissem corretamente. A esse critério regulador da conduta humana se denomina princípio da confiança (*Vertrauensgrundsatz*). Para a determinação em concreto da conduta correta de um, não se pode, portanto, deixar de considerar aquilo que seria lícito, nas circunstâncias, esperar-se de outrem, ou melhor, da própria vítima” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, 2014, p. 301-302).

25. DONNA, Edgardo Alberto. *El Delito Imprudente*, 2012, p. 192.

26. DONNA, Edgardo Alberto. *El Delito Imprudente*, 2012, p. 192; CALLEGARI, André Luís. *O princípio da confiança no Direito Penal*, p. 2.

Por derradeiro, diante de uma eventual reforma do Código Penal, revela-se desarrazoada a normatização do princípio em comento, pois tal postura legislativa enrijeceria sua atividade interpretativa, em nada acrescentando, cabendo à doutrina e a jurisprudência lapidar seus contornos, limites e condições de aplicação – demonstrando ao menos ter assim se enveredado o legislador no Projeto de Lei nº. 236/2012.²⁷

3. APLICABILIDADE NOS DELITOS DOLOSOS: REFLEXÕES

Importante frisar que, conforme propõe Roxin, seria cabível a aplicação do princípio da confiança ao delito doloso²⁸, já que consistiria em uma regra geral, no sentido de que se poderia confiar que os outros não viessem a cometer qualquer tipo de infração penal.

Em regra, tais condutas devem ser permitidas, inserindo-se dentro dos parâmetros do risco permitido, pois prevalece a confiança de que os outros não cometerão infrações dolosas, sob pena de acarretar a inviabilidade da vida moderna.²⁹

Contudo, não caberia a aplicação do princípio em comento quando a ação de um estimula uma perceptível inclinação ou propensão do outro à prática de uma conduta delituosa. Exemplificativamente:

- não seria possível a venda ou o fornecimento de facas, fósforos, isqueiros, álcool e martelo, por exemplo, nos casos em já se contasse com a prática de delitos dolosos pelos compradores e receptores;
- e quem fornece, por ação própria, uma faca ao contendor de uma luta, que logo vem cometer um homicídio, também deve ser penalmente responsabilizado.³⁰

27. Para Mantovani, o princípio da confiança funciona como um critério de distribuição da responsabilidade por imprudência entre os titulares de obrigações de diligência, vinculando-se diretamente com atividades perigosas, havendo a determinação de posições de garantia de determinados sujeitos. Esse panorama poderia advir tanto da lei (v.g., a fixação de diferentes deveres de atenção entre motoristas e pedestres) como de um contrato (v.g., a problemática da delegação de trabalho). Portanto, eventual codificação do aludido princípio em nada solucionaria nem acrescentaria, pois o importante não é a sua consagração positiva, mas o princípio em si (MANTOVANI, p. 450 *apud* ABRALDES, Sandro Fabio. CERZO MIR, José (Prefaciador). *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 385).

28. Para Bacigalupo: “A suposição de que o princípio da confiança somente se aplica a crimes culposos, limitando o dever de cuidado, é produto da concepção do tipo penal acima criticada, que se satisfaz com os efeitos da tipicidade nos crimes materiais com a sua simples causalidade. À crítica formulada deve-se acrescentar que a moderna teoria do tipo penal reconhece que também no crime doloso verificam-se elementos do crime culposos, porquanto se exige uma ação que gere um perigo juridicamente proibido. Manifestamente o dizem inclusive aqueles que questionam a teoria da imputação objetiva de maneira radical: “não há doloso sem culpa”, isto é, sem infração do dever de cuidado ou, o que dá no mesmo, não há dolo sem a produção de um risco proibido” (BACIGALUPO, Henrique. *Direito Penal – parte geral*, 2005, p. 250-51).

29. ROXIN, nm. 26 *apud* DONNA, Edgardo Alberto. *El Delito Imprudente*, p. 203; ABRALDES, Sandro Fabio. CERZO MIR, José (Prefaciador). *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 302-03.

30. DONNA, Edgardo Alberto. *El Delito Imprudente*, 2012, p. 203.

Em linhas gerais, para os partidários da imputação objetiva, caberia a aplicação do princípio da confiança não apenas às infrações cometidas de forma negligente, como também a todas as classes de delitos, pois é o risco permitido um pressuposto comum dos delitos dolosos e negligentes, bem como dos tentados e consumados.³¹ Logo, o princípio da confiança conduziria à permissão de uma conduta, vez que consistiria em uma manifestação do risco permitido³².

E, independentemente da concepção propugnada (finalista ou funcionalista), o princípio da confiança conduz ao mesmo desfecho, isto é, delimita a incidência da norma incriminadora ao caso concreto em relação ao agente que atuou dentro dos parâmetros legalmente exigidos.

31. ABRALDES, Sandro Fabio. CEREZO MIR, José (Prefaciador). *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 291.

32. ABRALDES, Sandro Fabio. *Principio de confianza. La discusión actual sobre su naturaleza jurídico-penal y sus posibles aplicaciones*, p. 332.

TUTELA PENAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/15)

1. PESSOA COM DEFICIÊNCIA E TEORIA DO DELITO

Sob o prisma da Convenção de *Nova York* e do Protocolo Facultativo, desponta a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, como um novo marco regulatório da pessoa com deficiência no Brasil, gerando reflexos no âmbito do Direito Civil, do Direito Administrativo, dos direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis e, acima de tudo, do Direito Penal.

No Brasil, identificam-se dois momentos na tutela penal das pessoas com deficiência, sendo um deles retratado por uma visão tradicional e, o outro, por uma linha vanguardista na ótica dos direitos humanos.

A visão tradicional é representada pela política criminal que norteou o Código Penal de 1940, bem como suas sucessivas alterações. A posição contemporânea, por sua vez, é consubstanciada na Constituição de 1988 e na Lei n. 13.146/2015, seguindo a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Com a Reforma da Parte Geral trazida pela Lei n. 7.209/1984, o Código Penal de 1940 (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) confere tratamento às pessoas com deficiência, concebendo-as ora como sujeito ativo, ora como sujeito passivo de delitos.

Com relação à tutela penal das pessoas com deficiência, foi editada a Lei n. 7.853/1989 no Brasil, que dispõe sobre os seguintes pontos: **(i)** apoio às pessoas com deficiência e sua integração social; **(ii)** sobre a Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoas com Deficiência (CORDE); **(iii)** institui a tutela jurisdicional de interesses difusos ou coletivos de categoria de pessoas; **(iv)** disciplina a atuação do Ministério Público; **(v)** define os crimes praticados contra esse grupo de pessoas, e dá outras providências. Nesse condão, a Lei n. 13.146/2015 realizou alterações substanciais na Lei 7.853/1989, sobretudo nos crimes. Cabe dizer, houve uma nova roupagem das figuras delitivas previstas no artigo 8º da Lei n. 7.853/1989.

E, partindo da premissa de que a pessoa com deficiência pode figurar como sujeito passivo de crimes, afirma-se, *ipso facto*, que ela também pode atuar como sujeito ativo, com fundamento no princípio da isonomia.

Esse raciocínio segue a lógica da Convenção de *Nova York* e da Lei n. 13.146/2015, sob o fundamento de que esse grupo de pessoas é titular de direitos e deveres iguais aos dos demais indivíduos.

O próprio Direito Penal brasileiro, de talhe liberal, considera a pessoa com deficiência sob dois prismas distintos: **(i)** como sujeito ativo, isentando-a de pena (inimputáveis) ou reduzindo a sanção (semi-imputáveis); e **(ii)** como sujeito passivo, protegendo a pessoa com deficiência física, auditiva, visual ou mental¹.

Ademais disso, o processo penal confere tratamento à matéria de doença mental, considerando a sua manifestação nas seguintes etapas: **(i)** ao tempo da prática do crime; **(ii)** durante o inquérito e processo criminal; e **(iii)** durante a execução da pena.

Pode o deficiente mental, dessa forma, ser considerado como inimputável ou semi-imputável, casos em que será, ainda que na qualidade de autor, submetido à proteção do Direito Penal.

Seguindo uma linha tradicional, entendemos que essa é a tônica do sistema criminal brasileiro que, contraditoriamente, perdura até os dias atuais, devendo ser objeto de releitura.

Corroborando do entendimento de Antonio Carlos da Ponte, a análise histórica da legislação penal brasileira demonstra um descompromisso com a pessoa com deficiência².

Com feito, a proteção do deficiente mental existe há praticamente 200 anos no ordenamento brasileiro. Previa o Código Criminal do Império, de 1830, a impossibilidade de julgar os loucos, exceto aqueles que estivessem temporariamente lúcidos³.

E seguindo essa marcha histórica, o Código Penal de 1940 incorporou os conceitos de inimputabilidade e semi-imputabilidade na perspectiva clássica, conforme será analisado a seguir.

a) Inimputabilidade e Semi-Imputabilidade ao Tempo da Infração Penal

A inimputabilidade decorre de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado⁴, de modo que o juiz proferirá sentença absolutória imprópria, impondo ao agente medida de segurança, cujo prazo máximo será por tempo indeterminado, ou seja, enquanto perdurar a periculosidade (art. 97, §1º, CP).

1. ROSENTHAL, Sérgio. *Justiça Penal e a pessoa com deficiência*, 2007, p. 136.

2. PONTE, Antônio Carlos da. *Execução penal e pessoa portadora de deficiência*, 2007, p. 39.

3. ROSENTHAL, Sérgio. *Justiça Penal e a pessoa com deficiência*, 2007, p. 138.

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

Não basta, para o reconhecimento da inimputabilidade, a comprovação da doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas também é indispensável que o autor, no momento da ação ou omissão, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Obtempera Rosenthal:

“Para o seu reconhecimento é necessária, no entanto, a conjugação de todos os requisitos previstos no dispositivo legal mencionado. Assim, não basta tratar-se de indivíduo que sofra de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. É imprescindível, também, que em razão disso, ao tempo da ação ou omissão, tenha disso inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, deve haver um nexo de causalidade entre o estado mental anômalo e o crime praticado.”⁵

Considera-se doença mental toda e qualquer moléstia que causa perturbação nas faculdades mentais da pessoa, tais como a esquizofrenia, a epilepsia, a paranoia, a demência, a histeria, a psicose, entre outros.

Impende ressaltar que o Código Penal de 1940, mesmo com a Reforma da Parte Geral trazida pela Lei n. 7.209/1984, ainda se vale de termos inapropriados para se referir à inimputabilidade, geralmente se valendo, sem qualquer espírito humanista, da expressão “doença mental”.

Outro causa da inimputabilidade é o desenvolvimento mental incompleto e retardado, consistente no “estado mental decorrente da oligofrenia, deficiência congênita do desenvolvimento psíquico nos seus graus de debilidade mental, imbecilidade e idiotia). Pode resultar, também, da surdo-mudez.”⁶.

A semi-imputabilidade, por sua vez, decorre da perturbação da mental⁷, de sorte que o juiz proferirá sentença condenatória, reduzindo a pena de um a dois terços e decidindo, posteriormente, se é cabível a imposição de medida de segurança. Deve ser adotada, neste caso, uma ou outra, ou seja, opta-se ou pela redução da pena ou pela aplicação da medida de segurança, seguindo o sistema vicariante, privilegiado pelo Código Penal de 1940⁸.

E, considerando que o Código Penal privilegia o critério biopsicológico (misto), as causas de inimputabilidade só podem ser analisadas e constatadas por meio de perícia (laudo médico), a ser elaborada no bojo de incidente de insanidade mental,

5. ROSENTHAL, Sérgio. Justiça Penal e a pessoa com deficiência, 2007, p. 137.

6. ROSENTHAL, Sérgio. Justiça Penal e a pessoa com deficiência, 2007, p. 137.

7. Entende-se por perturbação mental outros estados mórbidos que não se inserem no quadro das moléstias mentais.

8. “Art. 26. Parágrafo único: A pena pode ser reduzida de 1/3 a 2/3, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

no qual o juiz instaurará uma portaria, nomeará um curador, apresentará requisitos e homologará a decisão com base no laudo⁹.

Salienta-se, no entanto, que o juiz não é vinculado ao laudo apresentado, devendo mencionar os motivos da rejeição da avaliação técnica e, assim, determinar a realização de outro exame, pois o perito não pode ser substituído pelo próprio juiz, com fundamento no artigo 182 do Código de Processo Penal.

E, nos termos do artigo 151 do CPP, se concluírem os peritos que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável conforme o artigo 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.

Pode ocorrer, outrossim, de os peritos que avaliaram o réu não chegarem a uma decisão unânime sobre sua insanidade, cabendo a aplicação do princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*) para melhor decidir o caso.

b) Causas Excludentes de Ilícitude

O deficiente mental também pode agir acobertado por uma das *causas excludentes de ilicitude*, a exemplo da legítima defesa (art. 23, inciso II, c.c. o artigo 25, ambos do Código Penal).

Para a configuração da legítima defesa, há de se existir uma agressão, ou seja, uma conduta, consciente e voluntária, que causa lesão ou expõe a perigo de lesão um bem penalmente relevante.

Essa agressão deve ser praticada exclusivamente pelo ser humano, incluindo o inimputável, não comportando a agressão realizada por um animal ou uma coisa, pois tais não têm consciência e voluntariedade. Assim, a agressão injusta de inimputável com doença mental autoriza sua legítima defesa, pois não é razoável exigir que alguém se sujeite à investida sem nada fazer.

c) Superveniência de Doença Mental Durante a Persecução Criminal

Pode ocorrer a superveniência da doença mental durante o *inquérito policial* ou o *processo criminal*.

Dispõe o artigo 79, §1º, do Código Penal que cessará, em qualquer caso, a unidade do processo - ou seja, haverá separação obrigatória -, se, em relação a algum corréu, sobreveio doença mental à prática da infração penal, cuja hipótese é regulada pelo artigo 152 do CPP.

Caso constatado que a doença mental sobreveio à infração, o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça (art. 152, CPP). Neste caso, deve seguir-se o §2º do artigo 149 do CPP, isto é: o juiz nomeará curador ao acusado, quando

9. Essa homologação do laudo pericial é apenas um atestado de validade formal do requisito do próprio laudo.

determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

E, nessa situação, poderá o juiz determinar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado (art. 152, §2º, CPP).

O processo poderá retomar o seu curso, desde que restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença (art. 152, §2º, CPP).

d) Superveniência de Doença Mental Durante a Execução da Pena

Outra hipótese digna de nota diz respeito à superveniência de doença mental do agente, ou seja, ao surgimento de doença mental durante a *execução da pena*.

Nesse caso, há a possibilidade de conversão da pena em medida de segurança, embora o prazo máximo de cumprimento da última deva respeitar o termo final da própria pena. Isto porque o sistema do duplo binário - que possibilitava a aplicação de pena e, ao mesmo tempo, de medida de segurança -, foi abolido do Direito Penal brasileiro a partir da Reforma de 1984, adotando-se, nos dias atuais, o sistema unitário moderno¹⁰.

Dispõe o artigo 154 do Código de Processo Penal que, se a insanidade sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no artigo 682 do mesmo *Codex*. Assim, o sentenciado a que sobrevier doença mental, verificada por perícia médica, será internado em manicômio judiciário, ou, à falta deste, em outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia (art. 682, “*caput*”, CPP).

Em caso de urgência, o diretor do estabelecimento penal poderá determinar a remoção do sentenciado, comunicando imediatamente a providência ao juiz, que, em face da perícia médica, ratificará ou revogará a medida (art. 682, §1º, CPP).

E, com o término da pena, o sentenciado, que se encontrava em hospital de custódia ou sob tratamento psiquiátrico, será conduzido ao juízo cível em função de sua enfermidade mental.

Se a internação se prolongar até o término do prazo restante da pena e não houver sido imposta medida de segurança detentiva, o indivíduo terá o destino aconselhado pela sua enfermidade, feita a devida comunicação ao juiz de incapazes (art. 682, §2º, CPP).

2. TOMADA DE POSTURA

Entendemos que a Parte Geral do Código Penal dispensa às pessoas com deficiência um tratamento de linha tradicional, a ponto de analisá-las, preponderantemente,

10. A propósito do tema, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, 2013, p. 439.

sob o prisma da medida de segurança e de outros institutos extremos, deixando de concebê-las como titulares de direitos e deveres em pé de igualdade com os demais indivíduos¹¹.

Para Busato e Huapaya, “A história mostra que os regimes totalitários sempre abusaram da declaração de periculosidade de agentes imputáveis para impingir-lhes penas sob o disfarce de medidas de segurança.”¹².

Dúvidas não há de que as pessoas com deficiência também podem figurar como sujeito ativo de crimes. Requer-se, no entanto, que o legislador penal o faça com um novo espírito, desvencilhando-se da estereotipia manicomial onipresente no Código Penal de 1940¹³.

Frisa-se que a Lei n. 13.146/2015 é um importante marco para a proteção das pessoas com deficiência no Brasil, máxime sob a ótica do direito material e processual penal. Contudo, deve o legislador penal, se realmente pretende conferir o pleno resguardo das pessoas com deficiência, humanizar a Parte Geral do Código Penal de 1940, trazendo novas perspectivas no tratamento desse grupo de indivíduos, especialmente no que tange à deficiência mental.

Em suma, há de se criar, pois, um harmonioso sistema de proteção penal e processual das pessoas com deficiência no Brasil, eis que, no presente momento, o Código Penal de 1940 (Parte Geral e Parte Especial) encontra-se em descompasso com o espírito da Lei n. 13.146/2015 e, acima de tudo, com a Convenção de *Nova York*.

11. Para parte da doutrina, não mais prosperam as diferenças entre pena e medida de segurança nos dias atuais. Para maiores detalhes, cf. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução do direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, p. 237-238.

12. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução do direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, p. 245.

13. A respeito do tema, a Lei n. 10.216/2001 (Lei de Reforma Psiquiátrica) se inclina ao aprimoramento da medida de segurança no Brasil. Essa legislação, sem prejuízo, traz mais incertezas que segurança, pois determina a desinstitucionalização da política pública para o tratamento dos doentes e deficientes mentais, bem como a implantação de uma nova metodologia de internação, em respeito à autonomia da vontade dos inimputáveis e semi-imputáveis (Cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*, p. 509 e ss).

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

1. PRIMEIRA E SEGUNDA GUERRAS MUNDIAIS

No século XX, os conflitos políticos, sociais e bélicos que se propagaram no cenário internacional, tais como a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, bem como a “Guerra Fria”, acarretaram violações sem precedentes aos direitos humanos, principalmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana.

2. SENTIMENTO HUMANITÁRIO DE SOLIDARIEDADE

Com efeito, as sucessivas guerras desencadearam um sentimento humanitário de solidariedade em face das atrocidades praticadas. A própria comunidade internacional passou a se preocupar com a garantia dos direitos de toda humanidade, isto é, de direitos que visassem à proteção de todo gênero humano.

3. JUSTICIALIZAÇÃO NO SISTEMA GLOBAL

Nessa senda, essas experiências da comunidade internacional sugeriram a criação de um foro judiciário penal, que fosse permanente e apto a reprimir os abusos aos direitos humanos por parte de alguns Estados na comunidade internacional.

Ademais, o próprio processo de internacionalização dos direitos humanos, verificado no período pós-guerra, representou a necessidade da criação de um foro desse caráter.

4. TRIBUNAIS DE NUREMBERG, DE TÓQUIO, DA EXTINTA IUGOSLÁVIA E DE RUANDA

No tocante ao sistema global, a justicialização operou-se precipuamente na esfera penal, por meio da criação dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, além dos Tribunais *ad hoc* da Ex-Iugoslávia, de 1993, e de Ruanda, de 1994, tendo por fim a responsabilização internacional dos indivíduos que perpetraram crimes internacionais.

5. ESTATUTO DE ROMA E TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Seguindo essa tendência, o Tratado de Roma, que foi aprovado em 17 de julho de 1998, na Conferência de Roma, criou o Tribunal Penal Internacional, ou seja,

instituiu um foro judiciário internacional, de caráter permanente, apto a julgar as infrações penais de maior gravidade com alcance internacional, com sede em Haia, na Holanda, “*ex vi*” do artigo 3º do aludido Estatuto.

O Estado Brasileiro assinou o Tratado de Roma em 07 de fevereiro de 2000, tendo o Congresso Nacional aprovado esse diploma por meio do Decreto Legislativo n. 112, de 06 de junho de 2002, o qual foi promulgado pelo Decreto n. 4.388, em 25 de setembro de 2002.

Desde então, há um tribunal permanente para julgar indivíduos (pessoas físicas) acusados da prática de crimes de extrema gravidade com alcance internacional.

6. COMPATIBILIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 COM O ESTATUTO DE ROMA

Nessa toada, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentou o §4º ao artigo 5º da Magna Carta, disciplinando o seguinte: “*O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*”.

Vale também ressaltar o teor do artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que previa a acolhida pelo Brasil de um tribunal internacional que versasse sobre esta temática: “*O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*”.

Portanto, resta evidenciada, em um primeiro momento, a compatibilidade da Constituição Federal à previsão do Estatuto de Roma.

7. PREOCUPAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO COM A SALVAGUARDA DOS DIREITOS HUMANOS

Ressalta-se que a incorporação do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro reforçou a preocupação do país em tutelar os direitos humanos. Vale dizer, demonstra o comprometimento da República Federativa do Brasil de julgar e punir os atos que atentam contra esses direitos, sob o manto dos princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos fundamentais, previstos nos artigos 1º e 4º, ambos da Constituição Federal, além de outros postulados preceituados no ordenamento jurídico nacional.

8. FUNDAMENTOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: CONCEITO À LUZ DO ESTATUTO DE ROMA

Proclama o artigo 1º do Estatuto de Roma que o Tribunal Penal Internacional é:

“[...] uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será

complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.”

Esse dispositivo consagra o postulado da responsabilidade penal internacional dos indivíduos, que, no entender de Valério Mazzuoli¹, é uma verdadeira conquista para o ser humano em geral, ideia que vem se fortalecendo desde as noções básicas propostas por Hugo Grotius, ao lançar mão das vigas mestras do Direito Internacional Público, como o conhecemos atualmente.

Ressalta-se que essa previsão é endereçada a todos os países signatários do Tratado de Roma, máxime pelo desenvolvimento da comunidade internacional na tutela dos direitos humanos.

9. COMPETÊNCIA

Dispõe o artigo 25, “caput” e parágrafo, do Estatuto de Roma que o Tribunal Penal Internacional tem competência para julgar e punir pessoas físicas, em homenagem ao princípio da responsabilidade penal internacional dos indivíduos, que representou uma conquista da humanidade em sede de direitos humanos.

Como se vê, privilegia o Estatuto de Roma, como regra, a responsabilidade nacional para a persecução penal das infrações de maior gravidade com alcance internacional. Ou seja, os Estados devem exercer a responsabilidade primária referente ao julgamento das graves violações de direitos humanos.

Subsidiariamente, se restar omissa ou insuficiente à atuação do Estado – no que se refere à garantia da justiça interna e da tutela dos direitos fundamentais –, aplicar-se-á a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, por força dos princípios da complementaridade e da cooperação entre os Estados.

No magistério de Elizabeth Goraieb:

“O caráter sui generis do Estatuto decorre do princípio da complementaridade, que tem como objetivo assegurar que o Tribunal exerça o papel que lhe é atribuído, sem interferir indevidamente nos sistemas judiciais nacionais, a quem continua a incumbir a responsabilidade primária de investigar e processar crimes”².

Logo, funciona o Tribunal Penal Internacional como **foro judiciário permanente**, cuja atuação é **complementar (adicional)** e **subsidiária** à jurisdição penal dos Estados.

-
1. In: MENEZES, Wagner. (Org.). *O Direito internacional e o Direito brasileiro*: homenagem a José Francisco Rezek, 2004, p. 249.
 2. In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza (Coord.). *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo 80º aniversário, 2003, p. 284.

10. CRIMES DE EXTREMA GRAVIDADE COM ALCANCE INTERNACIONAL

O artigo 5º do Estatuto de Roma estabelece **rol taxativo** (“*numerus clausus*”) dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, a saber:

- crimes de genocídio
- crimes contra a humanidade
- crimes de guerra
- crimes de agressão

Decerto, a Corte Internacional Penal foi criada “*para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial*”³.

a) Crime de Genocídio

É tipificado no artigo 6º do aludido Estatuto e no artigo 2º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, abrangendo:

- homicídio de membros do grupo;
- ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- sujeição internacional do grupo a condições de vida com vista a provocar sua destruição física total ou parcial, além de imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo e transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

b) Crimes contra a Humanidade

São previstos no artigo 7º do Estatuto de Roma, abarcando os ataques generalizados e sistemáticos contra a população civil, sob a forma de homicídio, extermínio, escravidão, deportação, encarceramento, tortura, violência sexual, estupro, prostituição, gravidez e esterilização forçadas, desaparecimento forçado de pessoas, o crime de *apartheid*, entre outros que atentam gravemente contra a integridade física ou mental;

c) Crimes de Guerra

São delineados no artigo 8º do Tratado de Roma, entendidos como as violações ao **Direito Internacional Humanitário**, ou seja, às Convenções de Genebra e de Haia;

d) Crimes de Agressão

3. CACHAPUZ DE MEDEIROS. Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira, p. 14.

Essencialmente, esses crimes não foram definidos pelo Tratado de Roma, a teor do disposto em seu artigo 5º, ponto 2, sendo trazida uma definição somente com a Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, em 2010.

O crime de agressão é a conduta cometida por **pessoa** que detenha **controle ou poder de direção efetivo** sobre a ação política ou militar de um país, desde que sua conduta cause, por sua gravidade, características e escala de uma violação latente da Carta das Nações Unidas.

Além da prática do crime de agressão, também serão punidos o planejamento, a preparação e a tentativa desse delito.

De toda forma, a jurisdição do TPI somente poderá incidir para o crime de agressão se houver a ratificação de pelo menos 30 (trinta) Estados.

11. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PENAL INTERNACIONAL DOS INDIVÍDUOS

O artigo 1º do Estatuto de Roma consagra o princípio da responsabilidade penal internacional dos indivíduos.

Conforme já analisado, podem ser julgados e processados perante o TPI os indivíduos em geral, independentemente do exercício de funções governamentais ou cargos públicos, desde que tenham 18 anos completos na data da infração penal.

Proclama o artigo 26 do Estatuto de Roma que a jurisdição do TPI não incidirá sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, ainda não tenham 18 anos completos.

12. FORMA DE PUNIÇÃO

Com relação aos cargos oficiais das pessoas que investem criminosamente contra o Direito Internacional, o Estatuto de Roma seguiu o padrão do Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

Assim, mesmo que o Direito interno e o Direito Internacional confirmem certas imunidades ou normas de procedimentos especiais a uma pessoa em função de seu cargo oficial, não é afastada a jurisdição do Tribunal Penal Internacional sobre essa pessoa.

Em miúdos, a competência do Tribunal Penal Internacional é aplicada de forma igual a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza atrelada à qualidade ou cargo oficial, consoante o disposto no artigo 27, parágrafos 1º e 2º, do Estatuto de Roma.

Portanto, submeter-se-á ao julgamento do Tribunal Penal Internacional:

- aquele que cometer crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer esta pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;
- ordenar, solicitar ou instigar a prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;
- com o propósito de facilitar a prática do crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou tentativa da prática de crime, especialmente pelo fornecimento dos meios para sua prática;
- e contribuir de alguma outra forma à prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum.

13. APARENTES ANTINOMIAS ENTRE O ESTATUTO DE ROMA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Apontam-se alguns institutos previstos na Magna Carta e no Tratado de Roma que ensejam, ao menos no plano aparente, essas tensões, a saber:

- entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional e a proibição de extradição de nacionais, prevista no artigo 5º, inciso LI, do Texto Constitucional;
- disposição de prisão perpétua no artigo 77, 1, “b”, do Tratado de Roma, e vedação de penas de caráter perpétuo, a teor do que dispõe o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Magna Carta;
- antinomia do direito fundamental individual à prescritibilidade de delitos em face do direito fundamental da comunidade internacional à **imprescritibilidade** dos crimes de maior gravidade com alcance internacional, eis que os crimes de extrema gravidade com alcance internacional são **imprescritíveis** (art. 29 do Estatuto de Roma);
- a reserva legal e a tipificação do Tratado de Roma;
- a questão das imunidades e foro por prerrogativa de função (foro “privilegiado”);
- e o respeito à coisa julgada material.

Analisando o cenário de criação do Tribunal Penal Internacional, preleciona Valério Mazzuoli: *“tais regras penais e procedimentais, estabelecidas pelo Estatuto de Roma, com uma leitura apressada do texto convencional, podem pressupor certa incompatibilidade com o Direito Constitucional Brasileiro [...]”*⁴.

4. In: MENEZES, Wagner. (Org.). *O Direito internacional e o Direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek*, 2004, p. 249.

Prevalece, no entanto, que essas antinomias são meramente aparentes, de modo que o próprio Estado brasileiro contempla a possibilidade de incidência complementar e subsidiária do TPI.

14. EFEITOS DA CONDENAÇÃO

A condenação do TPI pode gerar as seguintes consequências:

- **sanção penal;**
- **reparação** às vítimas dos crimes e aos respectivos familiares;
- determinar, de ofício ou a requerimento, em circunstâncias excepcionais, a **extensão** e o **nível dos danos**, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios que serviram de fundamentação da decisão (art. 75 do Estatuto de Roma).

15. CONVENÇÃO SOBRE A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO

Conforme a Resolução 96, de 11 de dezembro de 1946, da Assembleia Geral da ONU, o genocídio é um crime contra o Direito Internacional.

Nesse sentido, a Resolução 260-A, da Assembleia Geral da ONU, adotou, em dezembro de 1948, a Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

Segundo essa Convenção, o crime de genocídio é a conduta criminosa que tem a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, religioso ou racial (artigo 2º).

Dessa forma, são considerados crime de genocídio:

- a) assassinato de membros do grupo;
- b) atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo;
- c) submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão sua destruição física, total ou parcial;
- d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo.

Essa definição de crime de genocídio foi reproduzida pelo **Estatuto de Roma**. E, atualmente, encontra-se em vigor no ordenamento brasileiro a **Lei n. 2.889/56 (Lei de Genocídio)**.

CAPÍTULOS VII A XI

1. QUESTÕES

01. (MP/MG – LV Concurso – 2017 - FUNDEP)¹.

Sobre a teorização constitucional:

- I. O fenômeno da constitucionalização simbólica com a padronização de um simbolismo jurídico invariavelmente fomenta o surgimento do Estado Vampiro.
- II. A teoria da graxa sobre rodas valoriza a corrupção como um aspecto positivo, com a possibilidade de implemento do crescimento econômico.
- III. A teoria discursiva do Direito procura equacionar o discurso de fundamentação e o de aplicação do Direito, de modo a colocar no primeiro o ponto final de equilíbrio do sistema dentro da solução dos conflitos.
- IV. A concepção de justiça formada a partir do véu da ignorância rompe o vínculo da equidade entre os atores de um discurso jurídico.

Somente é CORRETO o que se afirma em:

- a) I e II.
- b) I.
- c) II.
- d) III e IV.

02. (MP/MG – LV Concurso – 2017 – FUNDEP)

“O direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens. Sobre o tema, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJP preconiza que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Na abordagem do assunto sob o aspecto sociológico, o antigo conflito entre o público e o privado ganha uma nova roupagem na modernidade: a inundação do espaço público com questões estritamente privadas decorre, a um só tempo, da expropriação da intimidade (ou privacidade) por terceiros, mas também da voluntária entrega desses bens à arena pública. [...]” (Informativo de Jurisprudência do STJ n. 0527, de 09 de outubro de 2013).

Assinale a alternativa CORRETA. Constitui manifestação do direito ao esquecimento:

1. Essa questão foi anulada pela Banca de Concurso do Ministério Público de Minas Gerais. De todo caso, optamos por mencioná-la nesse livro para demonstrar a tendência temática das Bancas Examinadoras.

- a) A exclusão dos traços somáticos ou comportamentais, depois da prescrição do delito, mantendo-se os perfis genéticos armazenados para fins probatórios.
- b) A preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido por meio do segredo de justiça, para evitar sua exposição aos meios de comunicação.
- c) A manutenção em sigilo da gravação decorrente de interceptação telefônica que não interessar à prova, após requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.
- d) A possibilidade de ser beneficiado por transação penal após o decurso de 5 (cinco) anos da submissão à pena privativa de liberdade decorrente de anterior condenação.

03. (Delegado de Polícia Civil – Goiás – UEG – 2013)

O crime de lavagem de capitais consubstancia-se no ato ou no conjunto de atos praticados pelo agente com a finalidade de dar aparência lícita a ativos (bens, direitos ou valores) provenientes de ilícito penal (infração antecedente), cujo aperfeiçoamento ocorre após processos complexos, na busca da referida finalidade. Desse modo, quando o agente lavador efetua vários depósitos fracionados em uma única ou várias contas bancárias, cujo beneficiário é um único sujeito, constituindo a somatória desses valores expressiva quantia em dinheiro, tem-se o que a doutrina denomina de:

- a) mescla
- b) ocultação
- c) cegueira deliberada
- d) estruturação.

04. (OAB – Exame de Ordem Unificado X) Jane, dirigindo seu veículo dentro do limite de velocidade para a via, ao efetuar manobra em uma rotatória, acaba abalroando o carro de Lorena, que, desrespeitando as regras de trânsito, ingressou na rotatória enquanto Jane fazia a manobra. Em virtude do abalroamento, Lorena sofreu lesões corporais. Nesse sentido, com base na teoria da imputação objetiva, assinale a afirmativa correta.

- a) Jane não praticou crime, pois agiu no exercício regular de direito.
- b) Jane não responderá pelas lesões corporais sofridas por Lorena com base no princípio da intervenção mínima.
- c) Jane não pode ser responsabilizada pelo resultado com base no princípio da confiança.
- d) Jane praticou delito previsto no Código de Trânsito Brasileiro, mas poderá fazer jus a benefícios penais.

05. (Técnico Judiciário – TJ/AC – CESPE – 2012)

O marco temporal da maioria penal aos dezoito anos é determinado pela lei civil, não cabendo interpretação diversa na legislação penal.

- () Certo
- () Errado

2. GABARITO

Questão	Resposta	Fundamentação
01	C	A teoria da graxa sobre rodas considera a corrupção como um aspecto positivo, pois o comportamento corruptivo seria uma “roda com graxa”, permitindo o funcionamento e o crescimento do sistema econômico, ou seja, da engrenagem do capitalismo e da economia.
02	B	Preconiza o artigo 5º, inciso X, da Constituição que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Dispõe o artigo 21 do Código Civil que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. E, em sede processual penal, a publicidade é a regra, enquanto que o sigilo ou segredo de justiça é a exceção, ocorrendo o último no caso do direito ao esquecimento, conforme mencionado na questão (arts. 5º, LX e 93, IX, ambos da CF e art 792, CPP).
03	D	Em uma das alternativas, há a menção à cegueira deliberada. Contudo, a alternativa correta é a de letra “D”, que se refere à estruturação (“smurfing”) como uma das fases para a prática da lavagem de dinheiro, em que o agente divide o total do dinheiro em diversas quantias pequenas.
04	C	À luz da imputação objetiva, o princípio da confiança implica a permissão da conduta de Jane, constituindo-se em pressuposto do risco permitido. Com efeito, Jane, dentro dos parâmetros do risco permitido, realizou manobra em conformidade com as regras de trânsito, confiando que os demais condutores atuassem regularmente.
05	B	A questão exige a compreensão conjunta tanto do Direito Civil como do Direito Penal. O marco temporal da maioridade, que é aos 18 anos de idade, é estabelecido pela lei civil (art. 5º, do Código Civil), de modo que tal maioridade é única e, portanto, também aplica-se ao Direito Penal. Por outro lado, o Código Penal nada fala sobre a maioridade, tampouco pode alterá-la. Ou seja, o Código Penal apenas se restringe a tratar da inimputabilidade, sob o fundamento de que os menores de 18 anos são inimputáveis. Logo, o marco temporal da maioridade aos 18 anos, para fins penais é determinado pela lei civil, não cabendo interpretação diversa na legislação penal.

ENUNCIADOS DA 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

1 .CRIMES PREVIDENCIÁRIOS

Enunciado nº 26

A omissão de registro de vínculo empregatício em Carteira de Trabalho e Previdência Social subsumi-se ao tipo do art. 297, § 4º, do Código Penal.

Enunciado nº 27

A persecução penal relativa aos crimes previstos nos §§ 3º e 4º do art. 297 do Código Penal é de atribuição do Ministério Público Federal, por ofenderem a Previdência Social.

Enunciado nº 53

A prescrição do crime de estelionato previdenciário, em detrimento do INSS, cometido mediante saques indevidos de benefícios previdenciários após o óbito do segurado, ocorre em doze anos a contar da data do último saque, extingue a punibilidade e autoriza o arquivamento da investigação pelo MPF.

Enunciado nº 58

O simples ato, por si só, de não depositar os valores referentes ao FGTS na conta vinculada do empregado é conduta atípica na esfera penal.

Enunciado nº 66

Não é da atribuição do Ministério Público Federal a persecução penal de conduta perpetrada unicamente em desfavor de interesse de sistema próprio de previdência de servidores estaduais e municipais.

Enunciado nº 68

É cabível o arquivamento de procedimento investigatório em relação a crime de estelionato em detrimento do INSS cometido mediante saques indevidos de benefícios previdenciários após o óbito do segurado quando constatadas(a) a realização de saques por meio de cartão magnético, (b) a inexistência de renovação da senha, (c) a inexistência de procurador ou representante legal cadastrado na data do óbito e (d) a falta de registro visual, cumulativamente, a demonstrar o esgotamento das diligências investigatórias razoavelmente exigíveis ou a inexistência de linha investigatória potencialmente idônea.

2. CRIMES AMBIENTAIS

Enunciado nº 30

O processo e julgamento do crime de pesca proibida (art. 34, caput e parágrafo único da Lei nº 9.605/98) competem à Justiça Federal quando o espécime for proveniente de rio federal, mar territorial, zona econômica exclusiva ou plataforma continental.

Enunciado nº 31

O crime ambiental tipificado no art. 50 da Lei nº 9.605/98, praticado em faixa de fronteira, é de atribuição do Ministério Público Federal por afetar interesse direto da União.

Enunciado nº 39

A persecução penal da conduta ilícita de transportar madeira sem a devida guia (“ATPF”), tipificada no parágrafo único, do art. 46, da Lei nº 9.605/98, não é da atribuição do Ministério Público Federal, exceto quando o produto transportado for oriundo de área pertencente ou protegida pela União.

Enunciado nº 43

A persecução penal dos crimes contra a flora, previstos na Lei nº 9.605/98, é da atribuição do Ministério Público Federal apenas quando o ilícito ocorrer em área pertencente ou protegida pela União.

Enunciado nº 59

Não é atribuição do Ministério Público Federal a persecução penal do crime de transporte de gasolina, etanol, óleo diesel, álcool etílico e gás butano, sem licença válida outorgada pelo órgão competente (artigo 56 da Lei nº 9.605/98), salvo quando se tratar de transporte transnacional.

Enunciado nº 44

A persecução penal do crime previsto no artigo 29 da Lei nº 9.605/98 é da atribuição do Ministério Público Federal apenas quando o espécime da fauna silvestre estiver ameaçada de extinção ou quando oriundo de área pertencente ou protegida pela União.

Enunciado nº 45

A persecução penal do crime previsto no artigo 60 da Lei nº 9.605/98 é da atribuição do Ministério Público Federal apenas quando o ilícito ocorrer em área pertencente ou protegida pela União.

3. CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Enunciado nº 38

A persecução penal da conduta ilícita de adquirir, distribuir e revender combustíveis em desacordo com as normas estabelecidas no art. 1º, da Lei nº 8.176/91, não é da atribuição do Ministério Público Federal, exceto quando houver interesse direto e específico da União, nos termos do art. 109, IV da Constituição Federal. Precedentes do STF.

4. INSIGNIFICÂNCIA

Enunciado nº 40

A COFINS e o PIS/PASEP devem ser computados para aferir insignificância dos delitos de descaminho nos termos do caput, do art. 20, da Lei 10.522/2002, mesmo que haja pena de perdimento dos bens.

Enunciado nº 49

Admite-se o valor fixado no art. 20, “caput”, da Lei nº 10.522/2002 (R\$ 10.000,00) como parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, desde que ausente reiteração da conduta.

5. CRIME DE REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO

Enunciado nº 41

Os crimes de redução a condição análoga à de escravo são de atribuição do Ministério Público Federal.

6. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Enunciado nº 47

A persecução penal dos crimes sexuais contra vulnerável (capítulo II do título VI da parte especial do Código Penal), por si só, não é de atribuição do Ministério Público Federal, salvo se cometidos a bordo de navio ou aeronave, ou incidir em outra hipótese específica de competência federal ou tiver conexão com crime federal.

7. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Enunciado nº 48

É de atribuição do Ministério Público Federal a persecução penal do crime de obtenção fraudulenta de financiamento em instituição financeira para aquisição de automóvel, tipificado no artigo 19 da Lei nº 7.492/86.

8. CRIMES CIBERNÉTICOS

Enunciado nº 50 - Nova Redação

O fato de a conduta ter ocorrido por meio da rede mundial de computadores não atrai, somente por este motivo, a atribuição do Ministério Público Federal para a persecução penal.

9. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Enunciado nº 52

O pagamento integral do débito tributário extingue a punibilidade e autoriza o arquivamento da investigação e da ação penal pelo MPF.

Enunciado nº 54

A atribuição de membro do MPF para persecução penal do crime de descaminho é definida pelo local onde as mercadorias foram apreendidas, pois ali consuma-se o crime.

Enunciado nº 63

A sentença trabalhista transitada em julgado, condenatória ou homologatória de acordo, após sua liquidação, constitui definitivamente o crédito tributário.

10. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS

Enunciado nº 56 - Nova Redação

A persecução penal nos casos de tráfico internacional de entorpecentes por via postal é da atribuição de membro do Ministério Público Federal oficiante no local onde a droga é apreendida, no caso de ingresso do entorpecente no País, ou onde a droga é postada, no caso de entorpecente remetido com destino ao exterior

11. CRIME DE MOEDA FALSA

Enunciado nº 60

É cabível o arquivamento de procedimento investigatório referente ao crime de moeda falsa quando a quantidade e o valor das cédulas, o modo que estavam guardadas pelo agente, o modo de introdução ou a tentativa de introdução em circulação, o comportamento do agente ou as demais circunstâncias indicarem ausência de conhecimento da falsidade ou de dolo do agente e sendo inviável ou improvável a produção de prova em sentido contrário, inclusive pelo decurso do tempo.

12. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

Enunciado nº 61

Para a configuração do crime de desobediência, além do descumprimento de ordem legal de funcionário público, é necessário que não haja previsão de sanção de natureza civil, processual civil e administrativa, e que o destinatário da ordem seja advertido de que o seu não cumprimento caracteriza crime.

13. CRIME DE FALSIDADE DOCUMENTAL

Enunciado nº 62

Não é da atribuição do Ministério Público Federal a persecução penal relativa aos crimes de falsidade documental praticados perante Junta Comercial, por não ofenderem diretamente bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

REVISÃO FINAL

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

1.1. Escolas Penais

As principais escolas penais que se originaram ao longo do tempo são:

- **escola clássica;**
- **escola positivista;**
- **correcionalismo penal;**
- **tecnicismo jurídico-penal;**
- **defesa social.**

1.2. Escola Clássica

A **escola clássica** nasceu entre o fim do século XVIII e a metade do século XIX. Consistiu em reação ao totalitarismo do Estado Absolutista, perfilhando aos movimentos revolucionário e libertário do Iluminismo. Inspirava-se no antropocentrismo e racionalismo, de sorte que o Direito tornou-se um imperativo da razão.

Em linhas gerais, a escola clássica apresentava os seguintes alicerces:

- funda-se nos métodos essencialmente racionalista e lógico-dedutivo;
- o homem é dotado de livre arbítrio e de culpabilidade moral, pois atua conforme a sua própria vontade e, via de consequência, é responsável por seus atos, sobretudo pelos delitos praticados no conjunto social;
- uma vez praticada a infração penal, a pena deve incidir como retribuição ao agente, notadamente como vingança e castigo, com fundamento na concepção retribucionista, a despeito de o pensamento iluminista ter afastado as penas corporais e de suplício;
- era o crime entendido simplesmente como um conceito jurídico, tendo como base o direito natural.

1.3. Escola Positivista

Nos séculos XIX e XX, foi construída a **escola positivista**, também chamada de **positivismo criminológico**, que afastou as ideias clássicas de livre-arbítrio e de retribuição da pena como mal causado pelo agente.

Nessa toada, a escola positiva contou com três pilares de estudo, a saber:

- **determinismo biológico**, de Cesare Lombroso (1835 a 1909);

- **determinismo sociológico**, de Enrico Ferri (1856 a 1929);
- a conjugação dos **determinismos biológico e sociológico**, de Raffaele Garofalo (1851 a 1920).

Segundo essa escola, considerava-se malfeitor aquele que fosse determinado à prática de uma infração penal, refutando-se a noção de livre-arbítrio. Assim, o infrator ou apresentava uma **patologia hereditária própria** (determinismo biológico) ou se sujeitava a **processos causais alheios** (determinismo social), de modo que sua responsabilidade penal era determinada pela responsabilidade social. Por conseguinte, deve ser ele submetido à medida de segurança com finalidade curativa, por tempo indeterminado, enquanto persistisse sua patologia.

A escola positivista se valeu, dessa forma, dos **métodos experimental e indutivo** – típicos das ciências experimentais de causa e efeito –, segundo os quais o crime e o criminoso devem ser isoladamente estudados, contando com o aporte de outras ciências. Neste viés, o método indutivo permite o estudo a partir de casos específicos em direção à verdade geral.

1.4. Correcionalismo Penal

No decorrer do tempo, as bases da escola positivista foram superadas pela concepção do **correcionalismo penal**, que teve como nascedouro a Alemanha, em 1839, a partir das contribuições científicas de **Karl Röeder**.

Para a escola correcionalista, o infrator é um ser incapaz e dotado de **debilidade**, apresentando uma vontade perversa e socialmente injusta, de modo que não reúne condições para conduzir sua própria vida em sociedade.

Assim, deve o Estado adotar uma **política correicional ou pedagógica** para o tratamento do crime, buscando corrigir a vontade perversa do malfeitor, assumindo a pena a função de **prevenção especial**. Vale dizer, a repressão deve ser utilizada como fim terapêutico, com vista a possibilitar a regeneração do criminoso.

1.5. Tecnicismo Jurídico-Penal

Considerado um dos movimentos do neoclassicismo, o **tecnicismo jurídico-penal** teve origem na Itália, nos idos de 1910, a partir dos estudos de **Arturo Rocco**, também afastando as concepções científicas da escola clássica, tais como o jusnaturalismo e o livre arbítrio.

Como o próprio nome sugere, esse movimento realizou uma análise estritamente técnica do Direito Penal, dedicando-se ao estudo das leis e da exegese, a ponto de afastar qualquer conteúdo causal-explicativo inerente à antropologia, à sociologia e à filosofia.

O **tecnicismo jurídico-penal** tem como fundamento o **método dogmático** ou **técnico-jurídico**, dividindo-se em dois momentos históricos:

- **Primeira etapa:** teve o escopo de compreender o Direito Penal em uma perspectiva puramente teórica;
- **Segunda etapa:** buscou o estudo do Direito Penal sob o ângulo teórico e, ao mesmo tempo, resgatou as ideias de livre-arbítrio e do jusnaturalismo para fundamentar a retribuição da pena.

1.6. Defesa Social

A **nova defesa social** teve Fillipo Gramatica como precursor, que propôs, em 1945, em Gênova, na Itália, em um Centro de Estudos de Defesa Social, a abolição do Direito Penal e do sistema penitenciário então desenvolvido. À luz dessa escola, o Direito Penal deve se destinar à defesa social de forma mais eficiente e integral possível, dedicando-se ao combate da criminalidade sem deixar de levar consideração os direitos e garantias individuais.

1.6.1. *Criminologia Crítica e Política Criminal Alternativa*

Com fundamento na **sociologia jurídico-penal**, foram construídas as bases da **criminologia crítica** e da **política criminal alternativa**, com a finalidade de despenalizar ou de reduzir o processo de criminalização, em razão das desigualdades sociais geradas pelo sistema capitalista.

Defensor dessa perspectiva criminológica, preleciona Alessandro Baratta que deve ser desenvolvida uma política criminal alternativa destinada a classes subalternas, com ênfase em quatro diretrizes:

- Uma **análise específica** da criminalidade e dos comportamentos socialmente negativos que ocorrem nas classes subalternas, tendo em vista que a própria sociedade capitalista impõe esse tipo de avaliação;
- Determinar novos perfis para o Direito Penal, priorizando a **despenalização, meios alternativos e menos rigorosos de controle**, sobretudo para os grupos subalternos da sociedade, afastando qualquer concepção de domínio do Estado;
- Uma **análise radical** e, acima de tudo, **realista** acerca das funções do encarceramento;
- Desvincular a **política criminal** dos processos ideológicos e psicológicos provocados pela opinião pública, os quais acarretam a manifestação de um **Direito Penal desigual**.

1.7. Direito Penal Brasileiro

Historicamente, o Direito Penal brasileiro abrange a edição das seguintes legislações:

- Instituições indígenas;
- Ordenações do Reino, abrangendo:
 - Ordenações Afonsinas (1500 a 1512);
 - Ordenações Manuelinas (1512 a 1569);
 - Código de D. Sebastião (1569 a 1603);
 - Ordenações Filipinas (1603 a 1830);
- Código Criminal do Império (1830);
- Código Penal Republicano (1890);
- Consolidação das Leis Penais, pelo Desembargador Vicente Piragibe (Decreto nº 22.213, de 14.12.1932);
- Projeto Alcântara Machado (1938), que embasou o Código Penal de 1940;
- Anteprojeto de Nélson Hungria (1963);
- Código Penal de 1969 (Decreto-lei 1.004/1969);
- Lei n. 6.016/1973, que alterou o Código Penal de 1969 – sendo o Código Penal de 1969 revogado pela Lei 6.578/1978, sem ter entrado em vigor;
- Anteprojeto Cernicchiaro de Parte Especial (de 1983 e 1984);
- Anteprojeto Assis Toledo, da Parte Especial (nos idos de 1981 a 1984);
- Esboço Lins e Silva (de 1997 a 1999);
- Projeto Abi-Ackel (Projeto nº 3.473/2000), de Parte Geral, em especial o sistema de penas;
- Projeto de Lei nº 236, de 2012 (Projeto do Novo Código Penal).

Considera-se, de toda sorte, que o Direito Penal pátrio contou, ao longo de sua história, com a vigência dos seguintes Códigos Penais:

- Código Criminal do Império (1830);
- Código Penal Republicano (1890);
- Código Penal de 1940 (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com a Reforma da Parte Geral trazida pela Lei n. 7.209/1984.

Sustenta-se que, de acordo com a atual conjuntura do Direito Penal brasileiro, o Código Penal de 1940, então em vigor, adotou a técnica da **codificação, a despeito de terem sido editadas diversas legislações extravagantes ao longo do tempo**. Em miúdos, a atuação do legislador penal segue uma linha sistêmica, em homenagem aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, a ponto de o ordenamento jurídico apresentar unidade, coerência e completude.

2. NOÇÃO CONCEITUAL, FUNÇÕES E CARACTERÍSTICAS

À luz do Estado Democrático de Direito, tem o Direito Penal o seguinte conceito: é o conjunto de regras e princípios de matiz constitucional (Direito Penal predominantemente liberal, garantista ou democrático), tendo por função primordial a proteção de bens jurídicos (interesses e valores) imprescindíveis à existência do homem (bens individuais) e da coletividade (bens jurídicos de nova geração, metaindividuais, supraindividuais, difusos ou coletivos), com a finalidade de prevenir e reprimir a prática de infrações penais (crime ou contravenção penal) em dado contexto social, mediante a cominação de sanção penal (pena ou medida de segurança).

Constitui-se, portanto, em um mecanismo de preservação da ordem social, devendo incidir somente após os demais ramos jurídicos e mecanismos informais de inserção e educação sociais, a exemplo da família (controle social informal).

2.1. Natureza e Alocação Sistêmica

O Direito Penal é **ramo do direito público**, pois somente o Estado é titular do direito de punir, tendo o condão de definir delitos e impor sanções, de sorte que *“não há crime nem pena, sem lei”* (*“nullum crimen, nulla poena sine lege”*).

Compõe-se de **normas cogentes** (imperativas), ou seja, normas indisponíveis e de obrigatoriedade a todas as pessoas, vez que tais definem delitos e cominam as respectivas sanções a todos os cidadãos, em homenagem ao princípio da legalidade.

2.2. Características

- ciência e dogmática;
- cultural e normativa;
- valorativa e finalista;
- natureza constitutiva e sancionatória;
- caráter fragmentário e subsidiário.

2.3. Caráter fragmentário e subsidiário

O Direito Penal tem caráter fragmentário, pois deve se voltar exclusivamente à proteção dos bens jurídicos mais caros ao homem (bens fundamentais), dotados de dignidade penal, deixando os demais bens a cargo de outros ramos jurídicos, com fundamento no **princípio da fragmentariedade (exclusiva proteção de bem jurídico)**.

Esse ramo deve funcionar somente como última instância ou circunstância no ordenamento jurídico, ou seja, após a incidência de todos os outros ramos jurídicos, pois a liberdade é a regra no Estado Democrático de Direito. Logo, o Direito Penal, caracterizado pela gravidade de suas sanções (privação da liberdade), deve interferir minimamente nas esferas de vida e de liberdade dos cidadãos, por força do princípio da intervenção mínima (da necessidade, subsidiariedade ou “*ultima ratio legis*”).

2.4. Constituição Penal e Direitos Fundamentais

Preconiza a Constituição brasileira de 1988 mandados e proibições de proteção penal dos direitos fundamentais. Destarte, existe uma relação axiológico-normativa entre a Lei Fundamental e o Direito Penal, identificada em três ordens:

- intervenção penal constitucionalmente **proibida**;
- intervenção penal constitucionalmente **possível**;
- intervenção penal constitucionalmente **obrigatória**.

Nesse prisma, exsurgem os parâmetros de uma **Constituição Penal**, que se dedica à proteção dos direitos fundamentais, pautando-se na **dupla face da proporcionalidade**: ora estabelece a proibição de proteção – identificada doutrinariamente pelo princípio da proibição de excesso (garantismo negativo ou *Übermassverbot*) –, ora determina o imperativo de tutela – também representado na doutrina pelo princípio da proibição deficiente (garantismo positivo ou *Utermassverbot*).

O Direito Penal, nesse sentido, é um instrumento essencial à proteção dos bens e direitos fundamentais previstos na Magna Carta. O próprio constituinte, seguindo a concepção de algumas Constituições europeias, teve a intenção de estabelecer comandos, sejam expressos sejam implícitos, ao legislador ordinário para a criminalização de condutas que afrontam direitos dessa natureza.

» Atenção 1:

Sob a ótica constitucional, a **prescritibilidade** é a regra. Excepcionalmente, são crimes **imprescritíveis**:

- a **discriminação** ou **preconceito**, em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Artigo 5º, inciso XLII, CF);
- a **ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático** (Artigo 5º, inciso XLIV, CF).

» **Atenção 2:**

A **afiançabilidade** é a regra. Admite-se, no entanto, a **inafiançabilidade** nos seguintes crimes:

- de discriminação ou preconceito, em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional;
- ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
- crimes hediondos e assemelhados, incluindo a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo – embora, na jurisprudência, tem sido admitida a afiançabilidade nesse grupo, por força da individualização da pena.

2.5. Estatuto de Roma e Tribunal Penal Internacional

À luz do **Tratado de Roma** (promulgado pelo Decreto n. 4.388/02), o **Tribunal Penal Internacional**, com sede em Haia, na Holanda, tem competência para processar e julgar os **representantes de Estado (pessoas físicas)** pela prática de crimes de extrema gravidade com alcance internacional, a saber:

- crimes contra a humanidade;
- crimes de guerra;
- crimes de agressão;
- e crimes de genocídio, a exemplo do genocídio armênio.

Ressalta-se que, em 2016, o Tribunal Penal Internacional decidiu que passará a julgar os **crimes ambientais (ecocídios)**, notadamente à destruição do meio ambiente, à exploração de recursos naturais e à apropriação ilegal de terras, com base nos seguintes fundamentos:

- até então não havia qualquer corte internacional competente para o processo e julgamento dessas infrações;
- e revela-se imprescindível que a proteção do meio ambiente seja considerada uma questão de conscientização e de preocupação da humanidade.

A competência do Tribunal Penal Internacional é **complementar** e **subsidiária** em relação à competência doméstica ou interna do Estado brasileiro, pois aquele somente pode atuar em caso de omissão ou inércia do Brasil no julgamento dessas infrações.

» **Observação:**

Em 3 de janeiro de 2017, a Câmara de Primeira Instância VI do Tribunal Penal Internacional, no julgamento no caso “*Procurador v. Bosco Ntaganda*”, firmou o entendimento de que tem competência para processar e julgar os **crimes de guerra de estupro** e de **guerra de escravidão sexual** cometidos contra crianças enquanto soldados da FPLC (Força Patriótica pela Libertação do Congo).

2.6. Funções do Direito Penal

- função primordial de proteção de bens jurídicos;
- função de preservação da ordem social;
- função de garantia;
- funções eticizante (ético-social) e preventiva;
- função simbólica;
- função motivadora;
- função de redução da violência social

2.7. Ciências Criminais: Criminologia, Política Criminal e Direito Penal

A criminologia, a política criminal e o Direito Penal são os três pilares de sustentação do que chamamos de ciências criminais.

A política criminal transforma a experiência criminológica em opções e estratégias concretas de combate da criminalidade. Logo, a criminologia transforma-se em política criminal e, então, o Direito Penal converte tais bases em proposições jurídico-normativas (enunciados normativos).

Criminologia ⇒ Política Criminal ⇒ Direito Penal

2.7.1. Política Criminal

A política criminal constitui em medidas estratégicas e padronizadas desenvolvidas pelos controles sociais formais e informais, com a finalidade de prevenir e reprimir a criminalidade em dada sociedade, a ponto de conformar a dogmática penal e o direito positivo às necessidades da realidade social, tornando-os funcionais.

O conceito de política criminal também abrange dois requisitos:

- política criminal como **atividade de Estado**;
- e como **atividade científica**.

Como **atividade de Estado**, a política criminal abarca as medidas gerais desenvolvidas pelo Estado para o combate ao crime, envolvendo tanto medidas penais (controle social formal) como extrapenais (controle social informal), a exemplo da distribuição de renda, saneamento básico, educação etc.

Como **atividade científica**, política criminal é uma iniciativa empírica que define o modelo punitivo do Estado (sistema punitivo), bem como suas finalidades. Logo,

a política criminal confere um norte à dogmática penal e às leis penais, tornando-as funcionais e efetivas à realidade de certa comunidade.

2.7.2. Criminologia

2.7.2.1. Natureza

Prevalece que a **criminologia** é uma ciência, de modo que possui objeto, função e método peculiares. Trata-se de ciência humana, pois adaptável à realidade social e às diversas evoluções históricas e sociais.

A origem da criminologia radica nos **métodos empírico (científico) e interdisciplinar** (temas diversos) de observação e interpretação da realidade. Ou seja, a criminologia busca compreender a realidade e o Direito Penal de uma forma crítica, a ponto de interpretá-los e transformá-los, razão pela qual é classificada como uma ciência de métodos empírico e causal-explicativo.

2.7.2.2. Objeto de Estudo

- **crime;**
- **delinquente;**
- **vítima;**
- **controle social** (formal e informal) do crime.

2.7.2.3. Noção Conceitual

Essencialmente, “*criminologia*” é um nome genérico que designa um conjunto de disciplinas e temas ligados entre si, com o objetivo de compreender o crime a partir da realidade de um conjunto social.

É uma **ciência do “ser”**, além de **empírica e interdisciplinar**, pois, calcada no **método causal-explicativo**, dedica-se ao estudo do crime, da vítima, do delinquente e do controle social (formal e informal) do delito.

Atualmente, a criminologia moderna apresenta as seguintes correntes críticas:

- **biológicas;**
- **psicológicas;**
- **e sociológicas.**

2.8. Criminologia x Direito Penal

a) Direito Penal

- O Direito Penal dedica-se unicamente ao estudo do **crime**, mormente de suas causas, consequências jurídicas e dos sujeitos que participam dessa relação;
- O crime é encarado a partir de uma visão mais restrita, ou seja, do **comportamento do indivíduo**, motivo pelo qual é conceituado nas perspectivas analítica (dogmática), formal e material;
- É uma **ciência de valoração** (valorativa), pois, por meio de critérios axiológicos, interpreta a realidade a partir do sistema positivo (direito positivo), tendo como pontos basilares a seletividade e a fragmentariedade.
- Também é uma ciência de **métodos dogmático e dedutivo-sistemático** (normativo-sistemático), pois embasado em uma série de preceitos normativos (dogmas) que servem de base para determinada sociedade, razão pela qual tem natureza formal e normativa;
- É uma ciência do **“dever ser”**, de modo que opera com a valoração da realidade estudada pela criminologia.

b) Criminologia

- A criminologia tem um campo de estudo mais amplo, pois é uma ciência do **“ser”**, de modo que dedica-se ao conhecimento de toda uma realidade por meio dos métodos empírico e interdisciplinar;
- O crime é encarado de uma forma mais ampla, ou seja, como um **fenômeno social e comunitário**, motivo pelo qual é conceituado como um fato biopsicossocial e de perspectivas antropológica e cultural;
- É uma **ciência humana**, pois adaptável à realidade social e às diversas evoluções históricas e sociais;
- Tem origem nos **métodos empírico** (científico), **causal-explicativo** e **interdisciplinar** (temas diversos), que buscam a observação e interpretação da realidade em uma perspectiva crítica.

3. PRINCÍPIOS

À luz do Estado Democrático de Direito, os **princípios penais** irradiam da Constituição e, integrando um modelo de política criminal, passam a nortear a criação e a interpretação do Direito Penal (Código Penal e legislações penais extravagantes).

Sob o ângulo do Direito Penal, os princípios têm por função precípua a orientação do legislador ordinário (infraconstitucional), seja na elaboração, seja na interpretação das leis penais, a fim de limitar o poder punitivo (“jus puniendi”) e assegurar as garantias individuais.

3.1. Princípios em Espécie

Sob o ângulo do Direito Penal brasileiro, preconiza-se a seguinte divisão dos princípios penais:

A) Constitucionais explícitos:

A-1) concernente à atuação do Estado

- legalidade

– anterioridade
– retroatividade da lei penal benéfica
– humanidade das penas
B) Constitucionais implícitos
B-1) concernente à atuação do Estado
– intervenção mínima e princípios paralelos e corolários da subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade
– taxatividade
– proporcionalidade
– vedação da dupla punição pelo mesmo fato (“ <i>ne bis in idem</i> ”)
B-2) concernente ao indivíduo
– culpabilidade

3.2. Princípio da Adequação Social

Por força desse princípio, a conduta se amolda perfeitamente no tipo penal, mas não chega a constituir infração penal por ser socialmente tolerada ou reconhecida, a ponto de não causar lesão ao bem jurídico.

Ou seja, o princípio da adequação social pressupõe que a conduta é aprovada na perspectiva do tipo penal, a ponto de não pertencer a qualquer classe de delito. Assim, a atipicidade da conduta socialmente adequada é analisada no âmbito da teoria do tipo, dispensando qualquer juízo sob o prisma da ilicitude ou da culpabilidade. Contudo, em 2013, essa tese foi afastada pelo Superior Tribunal de Justiça em crimes de violação de direitos autorais, sendo editada a **Súmula 502 do STJ**: “*Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas*”.

3.3. Princípio da Insignificância

Prevalece que princípio da insignificância é uma **causa supralegal de exclusão da tipicidade material**. Vale dizer, aplica-se a uma conduta que, formalmente, constitui-se em infração penal, a ponto de se amoldar perfeitamente no tipo penal (tipicidade formal), embora, materialmente, não tenha relevância penal, eis que irrisória (ínfima, diminuta ou pequena) a lesão ao bem jurídico que o legislador pretende proteger (atipicidade material).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal determinou as seguintes diretrizes da insignificância¹:

- **mínima ofensividade da conduta do agente;**
- **inexpressividade da lesão jurídica provocada;**
- **inexistência de periculosidade social da ação;**
- **reduzidíssimo grau de periculosidade da conduta.**

3.4. Infração Bagatelar Própria x Infração Bagatelar Imprópria

Infração bagatelar própria é o mesmo que princípio da insignificância, seguindo os fundamentos já expostos. De todo caso, reforça-se que, neste caso, o fato já nasce sem relevância penal, pelos seguintes motivos:

- ou não há **desvalor da ação** (não há periculosidade da conduta);
- ou não há **desvalor do resultado** (não há ataque grave ao bem jurídico). Assim, não cabe a análise da intenção do agente, de seus antecedentes, personalidade, vida pregressa e reincidência, mas unicamente da tipicidade material.

Por outro lado, a **infração bagatelar imprópria** tem como fundamento os princípios da **irrelevância penal do fato** e da **desnecessidade da pena**. Assim, há desvalor da conduta e desvalor do resultado. Ou seja, a conduta nasce penalmente relevante, mas, após, verifica-se que a incidência de pena é desnecessária no caso concreto, devido às circunstâncias do fato e das condições pessoais do autor. Assim, a sua análise não recai na tipicidade – tal como a infração bagatelar própria –, mas no âmbito da culpabilidade, especialmente no juízo de censura (leia-se, necessidade ou não de punição). Assim, cabe a análise da intenção do agente, de seus antecedentes, personalidade, vida pregressa, reincidência, entre outros. **Exemplo:** aplicação no crime de exposição à venda de CD's e DVD's "piratas".

4. NORMA PENAL

4.1. Fontes

A norma penal é de **direito público**, ou seja, de **força cogente**, descrevendo um comportamento e um resultado desvalorados juridicamente, que, se concretizados pelo agente, impõe-se-lhe a aplicação de uma sanção penal.

1. STF, HC: 108379 MG, Min. Rel. Celso de Mello. Julgado em 08/08/2013.

As fontes do Direito Penal se dividem em:

- materiais (substanciais ou de produção);
- e formais (de conhecimento ou cognição), conforme serão analisadas a seguir.

4.1.1. Fontes materiais

As fontes materiais são também chamadas de substanciais ou de produção.

São os órgãos que, seguindo previsão constitucional, têm a competência de elaborar as leis penais, a ponto de construir o Direito Penal de dado país.

No Brasil, cabe à União legislar sobre matéria penal (artigo 22, I, da Constituição Federal). No mesmo sentido, o teor da **Súmula 722 do Supremo Tribunal Federal**: *“São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento”*.

Excepcionalmente, lei complementar da União pode autorizar os Estados a legislar sobre matérias específicas de Direito Penal, desde que de interesse local (artigo 22, parágrafo único, da Constituição). Neste caso, é possível que a União autorize o Estado a elaborar um tipo penal incriminador, a ponto de prever um delito peculiar cuja vigência seja destinada a certa parte ou localidade do país.

4.1.2. Fontes Formais

São também chamadas de cognitivas, porquanto viabilizam o conhecimento do Direito por parte do cidadão, chegando a exteriorizar as normas penais.

Manifesta-se Direito Penal na sociedade por meio das seguintes fontes formais:

- **imediata;**
- e **mediatas** (secundárias).

4.1.2.3. Fonte Formal Imediata

É a lei penal, consistente em regra escrita emanada do Poder Público, em compatibilidade com a Constituição.

Por força do princípio da legalidade penal, apenas a lei tem o condão de tipificar crimes (delitos) e cominar as respectivas penas (sanção penal). Dispõe o artigo 1º do Código Penal: *“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”*.

4.1.2.4. Fonte Formal Mediata

- costumes;
- princípios gerais de Direito;
- doutrina;
- jurisprudência;
- e atos administrativos.

Assinala-se que, sob o ângulo do Direito Penal, o costume não pode criar delitos nem sanção penal, pois tal é uma função exclusiva da lei penal.

4.2. Norma Penal em Branco

As normas penais em branco, também chamadas de **normas primariamente remetidas**, são tipos penais incompletos, cujo preceito primário depende de complementação por outras normas, sejam elas de igual “*status*”, sejam hierarquicamente inferiores. Essas normas dividem-se em duas modalidades:

- normas penais em branco homogêneas (impróprias, homólogas ou em sentido amplo ou “*lato*”);
- e normas penais em branco heterogêneas (próprias, heterólogas ou em sentido estrito).

As normas penais em branco não se confundem com as **normas penais incompletas**, também chamadas de **imperfeitas** ou **secundariamente remetidas**. No último, requer-se a complementação do preceito secundário para que se possa saber a sanção imposta, de modo que a lei, então incompleta, faz remissão a outro texto legal.

4.2.1. Normas penais em branco homogêneas (impróprias, homólogas ou em sentido lato)

São aquelas cujo preceito primário é complementado por norma da mesma fonte legislativa, ou seja, por norma federal (lei ordinária). Vale dizer, o complemento tem a mesma natureza jurídica e advém do mesmo órgão que elaborou a norma penal incriminadora.

Pode ser citado, como exemplo, o crime previsto no artigo 237 do Código Penal (“*Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta*”). Esse dispositivo penal depende de complementação do conceito de impedimento matrimonial, regulado na esfera civil (artigo 1521, incisos I a VII, c.c. artigo 1548, inciso II, ambos do Código Civil).

Nota-se, nesse caso, que as causas de impedimento são disciplinadas pelo Código Civil, ou seja, por fonte que possui a mesma natureza do Código Penal.

As normas penais em branco homogêneas se dividem em:

a) Homovitelina

Homovitelina é a norma penal em branco cuja complementação normativa é extraída do mesmo diploma legal.

Exemplo: no crime de peculato, previsto no artigo 312 do Código Penal, o conceito da elementar “funcionário público” é extraído do artigo 327, do mesmo diploma legal.

b) Heterovitelina

Heterovitelina é a norma penal em branco cuja complementação normativa é extraída de outro diploma legal ou ramo jurídico.

Exemplo: no crime de ocultação de impedimento para o casamento, capitulado no artigo 236 do Código Penal, as hipóteses de impedimento do próprio casamento são descritas no Código Civil.

4.2.2. Normas penais em branco heterogêneas (próprias, heterólogas ou em sentido estrito)

Também chamadas de **próprias, heterólogas ou em sentido estrito**, são aquelas cujo conceito primário é complementado por normas hierarquicamente inferiores, geralmente por atos administrativos, decretos, entre outros.

Cita-se, por exemplo, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, cuja classificação das substâncias consideradas entorpecentes depende de regulamentação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Dispõe o artigo 1º da Lei de Entorpecentes que “*para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*”.

Nesse contexto, o artigo 66 da mesma legislação determina que, para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob o controle especial da Portaria SVS/MS 344.

4.2.3. Normas penais em branco ao avesso e Normas Penais em Branco ao Quadrado

As normas penais em branco ao revés, também chamadas de avesso ou invertidas, são aquelas cujo conteúdo é complementado pela sanção penal prevista em outra

norma. É o caso do crime de genocídio (Lei n. 2.889/56), sendo que a punição desses crimes condiciona-se à complementação das normas previstas no Código Penal que tipificam outras modalidades delitivas.

Noutro viés, as normas penais em branco ao quadrado são aquelas cujo conteúdo depende de complemento de outra norma, a qual, por sua vez, resta preenchida por outra norma. É o caso do artigo 39 da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), que trata das condutas delituosas de destruição ou dano da floresta considerada de preservação permanente. Neste azo, o conceito de floresta de preservação permanente é emprestado do Código Florestal, o qual, por sua vez, determina que o Chefe do Poder Executivo declare, por interesse social, em que consiste a área de preservação permanente.

4.3. Integração e Interpretação das leis penais

O juiz pode se valer de diversos instrumentos para o preenchimento das lacunas, como a analogia, a interpretação analógica e a interpretação extensiva.

À luz do ordenamento pátrio, essa atuação encontra fundamento no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): *“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito.”*

4.3.1. Analogia

A analogia é método de integração das normas diante de uma lacuna normativa. O próprio termo *“integrar”* significa, em sua essência, *“completar”*, *“preencher”*, a ponto de tornar o sistema jurídico coerente e satisfatório.

Neste azo, não se admite analogia em prejuízo ao acusado (analogia *“in malam partem”*), de modo que é vedada a criação judicial (por analogia) de tipos penais, causas de aumento de pena e circunstâncias agravantes, sob pena de violar os princípios da legalidade e da separação de poderes

4.4. Interpretações Extensiva e Analógica

4.4.1. Interpretação Extensiva

Em se tratando de matéria penal, a interpretação extensiva consiste em método de interpretação de normas penais. Tem por finalidade ampliar o conteúdo de determinados termos e expressões constantes em alguns tipos incriminadores.

Exemplificativamente, cita-se o caso do crime previsto no artigo 308 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), com nova redação trazida pela Lei n.

13.546/2017, caracterizada pela expressão *“Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada”*.

4.4.2. Interpretação Analógica

Também consiste em método de interpretação que permite seja extraído o conteúdo de certa norma penal incriminadora, utilizando-se de exemplo previamente previsto na mesma ou em outra norma.

Podem ser citados os seguintes exemplos:

- crime de homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal), com o emprego das expressões *“mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe”*, *“com emprego de veneno [...] ou outro meio insidioso ou cruel ou de que possa resultar perigo comum”*, e *“à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”*;
- artigo 260 do Código Penal (*“Impedir ou perturbar serviço de estrada de ferro: I – destruindo, danificando ou desarranjando, total ou parcialmente, linha férrea, material rodante ou de tração, obre de arte ou instalação [...]IV – praticando outro ato de que possa resultar desastre.”*).

5. APLICAÇÃO DA LEI PENAL

5.1. Lei Penal no Tempo

A regra é a de que, no Direito, aplica-se a lei vigente à época dos fatos, seguindo a máxima ***tempus regit actum***. O Direito Penal segue a mesma linha de raciocínio, pois aplica-se a **lei penal vigente** ao crime cometido na mesma data.

Excepcionalmente, segue-se a **extratividade**, entendida como a aplicação da lei penal aos fatos ocorridos em período diferente de sua vigência, como ocorre nos casos da **retroatividade** (artigo 5º, XL, da Constituição) e da **ultratatividade**.

A lei penal deixa de existir com sua **revogação**, ou seja, com a sua retirada de vigência do ordenamento jurídico por outra lei, salvo nas situações relativas às **leis temporárias** e **excepcionais**, que são **autorrevogáveis**.

Salienta-se que os **costumes** não revogam as leis. Ademais, uma lei jamais é revogada por **decisão judicial**, ainda que o juízo final seja proveniente do Supremo Tribunal Federal.

5.2. Tempo do Crime

Em regra, apontam-se três teorias que tratam do **tempo do crime**:

- da **atividade**;
- do **resultado**;
- e da **ubiquidade**.

Quanto ao tempo do crime, o **artigo 4º do Código Penal** consagra a **teoria da atividade**, pois “*Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outra seja o momento do resultado*”.

L	Lugar do Crime
U	(Teoria da) Ubiquidade
T	Tempo do Crime
A	(Teoria da) Atividade

5.3. Conflito de Leis Penais no Tempo

Em havendo a entrada em vigor de lei penal que disciplina, total ou parcialmente, matéria da lei anterior, instaura-se um conflito de leis penais no tempo, vislumbrando-se as seguintes situações:

- **Novatio legis incriminadora**: a lei nova traz a criação de uma nova figura penal;
- **Novatio legis in pejus**: a lei posterior traz uma situação jurídica mais gravosa ao agente (**lex gravior**) em relação à lei anterior, a ponto de robustecer a incriminação de sua conduta;
- **Novatio legis in melius**: a lei nova traz uma situação jurídica mais benigna ou menos prejudicial ao agente (**lex mitior**) em relação à lei anterior;
- **Abolitio criminis**: a lei penal nova deixa de considerar delituosa a conduta assim definida em lei anterior;
- **Lex tertia**: é uma espécie de terceira lei que resulta da combinação de mais de duas leis penais, a ponto de conter alguns preceitos mais rigorosos e, ao mesmo tempo, outros mais brandos ao agente.

De se ver que, de acordo com a ocorrência de cada fenômeno acima mencionado, a lei penal pode gerar os seguintes efeitos:

- **retroatividade**;
- ou **ultratatividade**.

5.4. *Abolitio Criminis*

A *abolitio criminis* também é conhecida como **descriminalização da conduta**. Vale dizer, a lei penal nova ou posterior considera como atípica certa conduta então tida como delituosa sob o império da lei anterior, cabendo a **extinção da punibilidade**, nos termos do artigo 107, III, do Código Penal.

Destarte, a lei posterior **retroagirá**, alcançando até mesmo a execução e os **efeitos da sentença penal condenatória**, afastando todos os **efeitos da condenação**, primários e secundários, inclusive os antecedentes criminais.

Dispõe o artigo 2º, “*caput*”, do Código Penal: “*Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos da sentença condenatória.*”.

Permanecem, nada obstante, os **efeitos civis** ou **extrapenais da condenação**, a saber:

- a **obrigação de reparar o dano** produzido pela infração penal;
- e a decisão criminal ainda constitui **título executivo judicial**.

5.5. *Novatio legis in mellius*

A *novatio legis in mellius* (lei penal nova mais benigna) **retroagirá** para alcançar os fatos anteriores, ainda que decididos por **sentença condenatória transitada em julgado**, pois é mais favorável ou benigna ao réu, sendo também aplicada aos fatos praticados após a sua entrada em vigor, por força do **princípio da retroatividade da lei penal mais benigna** (art. 5º, XL, *in fine*, da Constituição, e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal).

5.5.1. *Aplicação da Abolitio Criminis e da Novatio legis in mellius*

A aplicação tanto da *abolitio criminis* como da *novatio legis in mellius* é feita pelo **juízo da execução**. A teor da **Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal**: “*Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna*”.

5.6. *Novatio legis in pejus e Novatio legis incriminadora*

A *novatio legis in mellius* (lei posterior mais gravosa ou *lex gravior*) regula, referente ao crime ou à pena, uma situação jurídica de **direito material mais prejudicial** ao réu em relação àquela então disciplinada na lei anterior.

Neste azo, a lei penal mais gravosa **não retroagirá (irretroatividade absoluta)**, deixando de ser aplicada ao fato cometido antes de sua entrada em vigor (artigo 5º, XL, primeira parte, da Constituição e, por exclusão na interpretação, artigo 2º do CP).

E, com relação à lei revogada, então tida como mais benéfica, tal terá projetado os seus efeitos para o futuro, de modo que será aplicada aos fatos do caso concreto, com fundamento na **ultratividade da lei penal mais benéfica**.

No mesmo sentido, a *novatio legis incriminadora*, que cria uma figura penal então inexistente, é **mais prejudicial** ao réu e, portanto, **não retroagirá**, em homenagem ao **princípio da anterioridade**, corolário da legalidade penal.

Vale lembrar que, a teor da **Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal**, a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

5.7. *Lex Tertia*

A *lex tertia* é também conhecida como **terceira lei** ou **lei híbrida**, pois caracteriza-se como uma espécie de terceira lei que resulta da **combinação de mais de duas leis penais**, contendo preceitos mais rigorosos e, ao mesmo tempo, outros mais brandos ao agente.

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal se posicionara pela impossibilidade de aplicação da lei híbrida, com fundamento na **teoria da ponderação unitária ou global** e nos **princípios da igualdade**, da **legalidade** e da **democracia**². Nada obstante, o tema ainda permanece polêmico, devido às dissonâncias de posicionamento na mesma Corte e, por vezes, na mesma turma.

De se ver que a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, por outro lado, a possibilidade de “*lex tertia*”, sob o fundamento de que tal atividade judicial não caracteriza criação indireta da lei³.

5.8. *Lex intermedia*

A **lei intermediária** (*lex intermedia*) é aplicada quando, diante da sucessão de leis, apresenta-se a lei “intermedia” mais favorável ao réu tanto em relação a uma lei anterior que estava em vigência à época do delito, como da lei posterior vigente ao tempo do julgamento. Destarte, a lei intermediária será **ultrativa** e, ao mesmo tempo, **retroativa**.

2. STF, Pleno, RE n. 600.817-RG/MS, Min. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 7/11/2013; STF, RE n. 710992 SP, Min. Rel. Marco Aurélio, Julgado em: 11/10/2012.

3. STJ, 6ª Turma, HC 119922/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Julgado em: 23/03/2009; STJ, 6ª Turma. HC 105905. Julgado em: 12/06/2008.

5.9. Lei Excepcional e Lei Temporária

Lei temporária é aquela que possui tempo de vigência pré-determinado, ou seja, prevê expressamente um termo final de sua duração. Basta, para a sua revogação, a superveniência do dia nela previsto.

Exemplos: Lei Geral da Copa do Mundo (Lei 12.663/12); Lei Geral dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 realizados no Brasil (Lei 13.284/16).

Por outro lado, as **leis excepcionais** são aquelas cuja vigência relaciona-se a uma situação de anormalidade ou de excepcionalidade, como nos casos de guerra, calamidade pública, epidemia, entre outros. Basta, para a sua revogação, a cessação da anormalidade.

Cumpra salientar que, tanto as leis temporárias como as leis excepcionais, apresentam as seguintes características:

- são **autorrevogáveis**, ou seja, ambas as espécies de leis não necessitam de outras leis a fim de que sejam revogadas;
- e são dotadas de **ultratividade**, isto é, aplicam-se mesmo depois de revogadas.

5.10. Lei Penal no Espaço

Sob a égide do Direito brasileiro, o Código Penal apresenta regras para dirimir os conflitos da lei penal no espaço, com a finalidade de evitar a dupla punição pelo mesmo fato (*“bis in idem”*).

A análise de cada uma das regras positivadas sugere a compreensão, em um primeiro momento, da **teoria da ubiquidade**, e, em seguida, dos **princípios de Direito Penal Internacional**.

5.11. Lugar do Crime

Com relação ao **lugar do crime**, privilegia o artigo 6º do Código Penal a **teoria da ubiquidade**, também chamada de **híbrida** ou **mista**, pois *“Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”*.

Assim, aplica-se a lei brasileira sempre que o fato seja considerado praticado tanto no território brasileiro como no território estrangeiro.

Exemplo: “A” está em uma cidade do Brasil fronteira com uma cidade do Uruguai. Ele efetua disparos de arma de fogo contra “B”, cidadão uruguaio que se encontrava em seu país de origem, o qual vem a falecer em razão dos ferimentos provocados pelos disparos. De se ver que a conduta de “A” ocorreu no Brasil, enquanto que a morte de “B” foi produzida no Uruguai.

Salienta-se, no entanto, que o agente não pode ser punido concomitantemente em ambos os países, sob pena de “*bis in idem*”. Logo, será o lugar do crime determinado conforme o seguinte quadro:

i) Conduta praticada no Brasil + Produção do resultado fora = crime praticado no Brasil
ii) Conduta praticada fora do Brasil + Produção do resultado no Brasil = crime praticado no Brasil
ii) Conduta praticada fora do Brasil + Resultado deveria ocorrer no Brasil = crime praticado no Brasil

5.12. Princípios de Direito Penal Internacional

Em certos casos, pode ocorrer que, mesmo com a definição do lugar do crime, exsurjam conflitos sobre a aplicação ou não da lei penal brasileira, cuja solução é trazida pelos **princípios de Direito Penal internacional**.

Esses princípios são os seguintes:

- princípio da **territorialidade**;
- princípio da **nacionalidade** ou da **personalidade**;
- princípio **real** ou da **defesa**;
- princípio da **universalidade**, da **justiça penal universal** ou **cosmopolita**;
- princípio da **representação**, da **bandeira**, do **pavilhão** ou da **substituição**.

5.12.1. Princípio da Territorialidade

O **princípio da territorialidade** também é chamado de **territorial exclusivo**.

Por esse princípio, a lei penal do Estado deve ser aplicada ao delito ocorrido dentro do território do próprio país, independentemente da nacionalidade do agente, da vítima e do bem jurídico penalmente protegido.

O artigo 5º, “*caput*”, do Código Penal consagra, como regra, o **princípio da territorialidade**, embora tal não seja absoluto. Ou seja, segue-se o seguinte espectro:

- a rigor, incidirá a lei penal brasileira para os crimes cometidos no território nacional;
- por outro lado, tratados e regras internacionais podem impedir a aplicação da própria lei brasileira, a ponto de aqueles incidirem sobre o fato praticado em território nacional, o que chamamos de **territorialidade temperada** ou **intraterritorialidade**.

Ressalta-se que a **intraterritorialidade** é aplicada, por exemplo, aos casos de imunidade diplomática, posto que incidirá a lei estrangeira sobre o fato praticado no Brasil.

A intraterritorialidade não se confunde com a **extraterritorialidade**. Com efeito, a segunda é adotada pelo artigo 7º do Código Penal, sob o fundamento de que aplica-se a lei penal brasileira aos crimes cometidos fora do território nacional.

» **Observação:**

Nos termos do artigo 5º, §1º, do Código Penal, consideram-se **extensões** do território nacional:

- as embarcações e aeronaves brasileiras públicas, independentemente de sua localização;
- as aeronaves da Força Aérea Brasileira ou de propriedade particular que estiverem a serviço do governo brasileiro, independentemente de sua localização, ou seja, ainda que em pouso no território de outro país ou em voo no espaço aéreo de soberania de outro Estado;
- e as aeronaves ou embarcações brasileiras mercantes privadas, quando se encontrarem no espaço aéreo correspondente ao alto-mar, onde nenhuma nação exerça soberania.

5.12.2. Princípio da Nacionalidade

Pelo princípio da **nacionalidade** ou da **personalidade**, a lei penal do Estado aplica-se aos seus cidadãos, independentemente do lugar em que eles se encontrem.

A nacionalidade se divide em dois subprincípios:

- **nacionalidade ativa**, pelo qual a lei do Estado aplica-se ao agente, independentemente do lugar em que ele esteja;
- e **nacionalidade passiva**, segundo a qual aplica-se a lei do Estado desde que o sujeito ativo do crime seja nacional e, ao mesmo tempo, que o titular (ofendido) do bem jurídico ameaçado também seja nacional do mesmo país.

» **Observação:**

No que se refere à extraterritorialidade **condicionada**, a nacionalidade **ativa** é prevista no artigo 7º, inc. II, “b”, do Código Penal.

Já a extraterritorialidade **hipercondicionada** consagra o princípio da nacionalidade **passiva** (art. 7º, §3º, CP).

5.12.3. Princípio Real ou da Defesa

Pelo princípio real ou da defesa, a lei penal do Estado aplica-se de acordo com o bem jurídico nacional, independentemente do lugar de ocorrência do crime e da nacionalidade do agente.

» **Atenção:**

Em matéria de **extraterritorialidade incondicionada**, esse princípio é previsto no artigo 7º, inc. I, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal.

5.12.4. Princípio da Justiça Penal Universal

Pelo princípio da justiça penal universal ou cosmopolita, cada Estado tem o condão de punir o crime, devido à sua natureza e alcance internacional, despontando como um crime de extrema gravidade com alcance internacional, independentemente do lugar de ocorrência e da nacionalidade seja do agente seja da vítima.

» **Observação:**

Com relação à extraterritorialidade **incondicionada**, esse princípio é previsto no artigo 7º, inc. I, alínea “d”, Código Penal.

Já na extraterritorialidade **condicionada**, é consagrado no artigo 7º, inc. II, “a”, do Código Penal.

5.12.5. Princípio da Representação

Pelo princípio da representação ou da bandeira, aplica-se a lei do Estado ao crime praticado a bordo de aeronave ou embarcação nacional.

» **Observação:**

No que tange à extraterritorialidade **condicionada**, a **representação** é prevista no artigo 7º, inc. II, “c”, do Código Penal.

5.13. Extraterritorialidade

A extraterritorialidade divide-se em:

- **incondicionada**, isto é, a aplicação da lei penal brasileira no estrangeiro prescinde de determinadas condições (artigo 7º, §1º, do Código Penal, que alcança as hipóteses do inciso I);
- **condicionada**, é dizer, a aplicação da lei penal brasileira no estrangeiro depende de certas condições (artigo 7º, §2º, do Código Penal, que alcança as hipóteses do inciso II);
- **hipercondicionada**, com previsão no artigo 7º, §3º, do Código Penal.

» **Observação: Genocídio praticado no exterior**

Embora praticado no exterior, o genocídio perpetrado por brasileiro ou por agente domiciliado no Brasil sujeita-se à própria lei brasileira (art. 7º, I, “d”, Código Penal).

QUADRO ESQUEMATIZADO

Extraterritorialidade Incondicionada (Art. 7º, “caput”, inc. I, c.c. o §1º, CP)

a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República (princípio real ou da proteção);

b) *contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público (princípio real ou da proteção);*

c) *contra a administração pública, por quem está a seu serviço (princípio real ou da proteção);*

d) *de genocídio, quando agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil (princípio da justiça penal universal, da competência universal ou cosmopolita).*

Extraterritorialidade Condicionada (Art. 7º, “caput”, inc. II, c.c. o §2º, CP)

a) *que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir (princípio da justiça penal universal, da competência universal ou cosmopolita);*

b) *praticados por brasileiro (princípio da nacionalidade ativa);*

c) *praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados (princípio da representação).*

Extraterritorialidade Hipercondicionada (Art. 7º, §3º, CP)

A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se reunidas as condições previstas no parágrafo anterior (princípio da nacionalidade passiva):

5.14. Lei Penal em Relação às Pessoas

A lei penal tem aplicação a todos, nacionais ou estrangeiros, sem quaisquer privilégios pessoais, com fundamento no princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, “caput” e inciso I, da Constituição brasileira de 1988. Excepcionalmente, certas pessoas, devido à importância das funções que desempenham, não são alcançadas pela lei penal, o que se denomina **imunidade**.

À luz do Direito Penal brasileiro, podem ser mencionadas as seguintes imunidades:

- **diplomáticas;**
- **parlamentares;**
- e de outras modalidades, como no caso do **advogado**.

Frisa-se que a imunidade não é um privilégio, mas uma **prerrogativa** vinculada à função desempenhada por seu titular, com a finalidade de lhe garantir a liberdade necessária para o exercício do cargo.

QUADRO ESQUEMATIZADO

a) Presidente da República e Governadores de Estado

- Não há imunidade absoluta.

• Crimes comuns: será julgado perante o Supremo Tribunal Federal.
• Crime de responsabilidade (<i>impeachment</i>): será julgado perante o Senado Federal.
b) Deputados Federais e Senadores da República
• Há imunidade absoluta em âmbito nacional.
• Há imunidade relativa.
• Crimes comuns: serão julgados perante o Supremo Tribunal Federal.
c) Deputado Estadual
• Há imunidade absoluta em âmbito nacional.
• Há imunidade relativa.
• Crimes comuns: serão julgados perante o Tribunal de Justiça Estadual ou Tribunais Regionais Federais, salvo em caso de crimes eleitorais (Tribunal Regional Eleitoral).
d) Vereador
• Há imunidade absoluta restrita à circunscrição do Município, referente às palavras e opiniões proferidas no exercício do mandato.
• Não há imunidade relativa, embora a Constituição estadual possa estabelecer prerrogativa por foro de função.
• Crimes comuns: serão julgados perante o órgão de primeiro grau.
Exceção: nos estados do Rio de Janeiro e do Piauí, serão julgados perante o Tribunal competente, tendo em vista que as respectivas Constituições instituíram o foro por prerrogativa de função.

5.15. Eficácia da Sentença Penal Estrangeira

Em regra, a sentença prolatada em território nacional produz efeitos dentro do espaço nacional. Pode ocorrer, no entanto, de a sentença proferida no estrangeiro gerar efeitos no território brasileiro em certos casos.

O primeiro deles diz respeito à mera apresentação da sentença ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, com a exibição de documento autêntico e idôneo, de modo que a parte interessada deve requerer a homologação da sentença junto ao Superior Tribunal de Justiça. Já o segundo se refere ao preenchimento de certas condições. É dizer, a sentença estrangeira somente produzirá efeitos no território nacional caso seja homologada pelo Superior Tribunal de Justiça⁴ e, ao mesmo tempo, exista tratado de extradição entre o Brasil e o país em que foi prolatada ou, se inexistente tal tratado, de requisição do Ministro da Justiça. Ademais, essa sentença condiciona-se aos seguintes requisitos:

4. Nesse caso, a sentença deve ser previamente homologada pelo Superior Tribunal de Justiça e, em sequência, convalidada pelo Supremo Tribunal Federal.

- obrigação do condenado de reparar do dano, restituir a coisa ou arcar com outros encargos na área cível;
- e sujeição do condenado à medida de segurança.

» **Observação:**

A teor da **Súmula 420 do STF**:

“Não se homologa sentença proferida no estrangeiro, sem prova do trânsito em julgado”.

5.16. Contagem de Prazo

À luz do Direito Penal brasileiro, a contagem do prazo é de direito material, de modo que conta-se o dia do início e exclui-se o dia do final. Dispõe o art. 10 do Código Penal: *“O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.”*

Ademais, o artigo 11 do Código Penal ainda acrescenta regramento para o cômputo do prazo material: *“Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.”*

5.17. Legislação Especial

Com esboço no artigo 12 do Código Penal, as regras gerais desse diploma aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

5.18. ARTIGOS E SÚMULAS COM MAIOR INCIDÊNCIA EM PROVAS

TEMA	ARTIGO E SÚMULA
Imunidade Parlamentar e Foro Por Prerrogativa de Função	Súmulas 245, 451, 704 e 721, STF
Eficácia da Sentença Penal Estrangeira	Súmula 420, STF
Irretroatividade da lei penal	Art. 5º, XL, CF
Princípio da Reserva Legal	Art. 5º, XXXIX, CF
Abolitio criminis	Art. 2º, caput, CP e Súmula 513 STJ
Novatio legis in melius	Art. 2º, parágrafo único, CP e Súmula 501 STJ
Competência da aplicação da lei penal	Art. 66, I, LEP e Súmula 611 STF
Crime continuado ou crime permanente	Súmula 711 STF
Lei temporária e Lei excepcional	Art. 3º, CP
Tempo do Crime	Art. 4º, CP
Princípio da Territorialidade	Art. 5º, caput, CP

TEMA	ARTIGO E SÚMULA
Território brasileiro por extensão	Art. 5º, §§1º e 2º, CP
Lugar do Crime	Art. 6º, CP
Extraterritorialidade incondicionada	Art. 7º, I e § 1º, CP
Extraterritorialidade condicionada	Art. 7º, II e §§2º e 3º, CP
Pena cumprida no estrangeiro	Art. 8º, CP
Eficácia de Sentença Estrangeira	Art. 9º, CP e Súmula 420 STF
Contagem de Prazo penal	Art. 10, CP
Frações não computáveis da pena	Art. 11, CP

6. BEM JURÍDICO-PENAL

Prevalece que os bens jurídicos são interesses e valores indispensáveis à coexistência humana, tanto na perspectiva nacional como internacional. Assim, são dados que existem em um estágio prévio ao homem, que acaba por apanhá-los e trazê-los no mundo jurídico por meio da normatização.

Em linhas gerais, infere-se que a noção conceitual de bem jurídico-penal perpassa sob duas concepções, a saber, a clássica e a moderna.

» Observação:

Segundo **Jesús-María Silva Sánchez**, o Direito Penal de duas velocidades apresenta o seguinte formato:

- **primeira velocidade**, que se destina aos delitos tradicionais, cominando-lhes penas privativas de liberdade, além de assegurar o padrão liberal de regras de imputação;
- **segunda velocidade**, que é endereçada à criminalidade moderna, contando com a flexibilização controlada das sanções penais e das regras de imputação, bem como a adoção dos delitos de perigo de bens supraindividuais.

6.1. Direito Penal Máximo ou de Terceira Velocidade

Pelo **funcionalismo sistêmico (radical)** de Jakobs, o Direito Penal parte de uma dimensão normativa extremada (**Direito Penal máximo**, do **inimigo** ou de **terceira velocidade**), pois se destina a garantir imediatamente a vigência da norma, perfeitando nos delitos em geral, notadamente nos crimes de terrorismo e econômicos, uma **antecipação da tutela penal** com vista à prevenção dos comportamentos sociais indesejados.

Em linhas gerais, o Direito Penal máximo estabelece a flexibilização de garantias individuais para o combate da criminalidade, geralmente operando com a antecipação

da tutela penal e a relativização dos princípios da legalidade, da culpabilidade, do devido processo legal, do estado (“presunção”) de inocência, entre outros.

Exemplo: combate ao **terrorismo**.

7. CONFLITO APARENTE DE NORMAS

O conflito aparente de normas ocorre nos casos em que dois ou mais tipos penais são aplicáveis ao mesmo fato, de modo que tais tipos são instituídos por lei de igual hierarquia e se encontram em vigor ao tempo da prática da infração penal.

Insta salientar que, ao contrário das antinomias reais, essas contradições normativas são meramente aparentes, pois solucionáveis por certos critérios.

As antinomias aparentes compõem-se dos seguintes requisitos:

- unidade de fato;
- pluralidade de leis;
- e vigência simultânea de todas as leis.

Logo, o conflito aparente de normas tem por finalidade manter a coerência sistemática do ordenamento jurídico, assim como a vedação do “*bis in idem*”.

7.1. Princípios ou Critérios Interpretativos

- princípio da especialidade;
- princípio da subsidiariedade;
- princípio da consunção ou absorção;
- e princípio da alternatividade.

7.1.1. Princípio da Especialidade

A especialidade é um princípio embasado na relação de gênero-espécie. Quer dizer, o tipo penal especial (lei específica) prevalece sobre o tipo penal geral (lei genérica), com baluarte no apótema “*lex specialis derogat generali*”.

Pode ser citado como exemplo:

- a mãe que mata o filho sob a influência de estado puerperal, de modo que o infanticídio (tipo especial) prevalece sobre o homicídio (tipo geral);

7.1.2. Princípio da Subsidiariedade

A subsidiariedade é um princípio embasado na relação de continente-conteúdo. Verifica-se, assim, nos casos em que os tipos penais descrevem diferentes graus de

violação a bens jurídicos. O tipo penal que contiver maior grau de violação ao bem jurídico denomina-se tipo penal primário (“continente”), enquanto que o tipo de menor grau é chamado de tipo penal subsidiário (famulativo ou “conteúdo”).

7.1.3. Princípio da Alternatividade

Discute-se se a alternatividade é um princípio que soluciona o conflito aparente de normas ou se apresenta na forma de tipo misto alternativo.

Certo é que, nesse caso, o cometimento de mais de uma conduta só gera reflexos na fixação da pena. Citam-se os seguintes exemplos:

- crime de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei n. 11.343/06);
- crime de receptação (artigo 180 do CP);
- crime de estupro (artigo 213 do CP);
- crime de furto (artigo 155 do CP);

7.1.4. Princípio da Consunção

O princípio da consunção funda-se na relação de meio-fim, ou seja, consuntiva. Aplica-se aos casos em que um crime (crime-meio, conteúdo ou “*minus*”) constitui em fase necessária ou meio de execução de outro crime (crime-fim, continente ou “*magis*”).

Logo, o fato mais amplo e grave absorve os demais menos amplos e graves, com fundamento no brocardo a “lei consuntiva prefere a lei consumida” (“*lex consumens derogat legi consumptae*”), evitando-se “*bis in idem*”.

A consunção apresenta-se nas seguintes formas:

- crime complexo;
- crime progressivo;
- progressão criminosa;
- fatos impuníveis.

Os fatos impuníveis dividem-se em:

- antefato impunível;
- atos simultâneos impuníveis;
- e pós-fato impunível.

8. CRIME: NOÇÃO CONCEITUAL E CLASSIFICAÇÕES

A infração penal pode ser conceituada a partir de três vertentes:

- **material ou substancial;**
- **legal;**
- e **analítica ou dogmática.**

8.1. Conceito Material

Também chamado de **substancial**, esse conceito se refere à conduta que causa lesão a um bem jurídico-penal, é dizer, à ofensa a certa axiologia de dada sociedade, de acordo com suas necessidades de vida e de evolução cultural.

8.2. Conceito Legal

Como o próprio nome sugere, o conceito legal de crime é aquele trazido pela lei, ou seja, pelo legislador, seguindo os **princípios da legalidade** e da **reserva legal**.

O Direito Penal brasileiro adotou o **modelo dicotômico** ou **divisão bipartida**, dividindo a **infração penal** da seguinte forma:

- **crime (delito);**
- e **contravenção penal.**

Assim, o **crime** é a modalidade de infração penal a que a lei comina a pena privativa de liberdade de reclusão ou de detenção, seja isoladamente, seja alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.

Já **contravenção penal**, com previsão na Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688/1941), é a que a lei comina pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

8.3. Conceito Analítico

Também chamado de **dogmático**, esse conceito se refere aos elementos que compõem a estrutura do crime, cuja definição condiciona-se aos seguintes critérios:

- **quadripartida;**
- **tripartida;**
- e **bipartida.**

Essencialmente, a redação original do Código Penal de 1940 apresenta resquícios de ter privilegiado um **conceito tripartido** de crime, sob a égide da **escola clássica**

(causal, naturalística ou mecanicista), trazendo a seguinte estratificação (tripartida): fato típico, antijurídico e culpável.

Já com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, introduzida pela Lei n. 7.209/1984, não se acolheu, de modo inequívoco, nenhuma teoria do delito, havendo um típico ranço ou uma confusão acerca de qual teoria e respectivo critério teriam prevalecido no Brasil. Nos dias atuais, ainda suscitam debates dogmáticos para determinar se o Direito Penal brasileiro adota ou a estratificação **tripartida** ou a **bipartida**, agora sob o prisma da **teoria final da ação**.

8.4. Classificações

8.4.1. Crimes comuns, próprios e de mão própria

- a) **Crimes comuns (gerais):** são aqueles que podem ser praticados por qualquer pessoa, pois o tipo penal não exige uma qualidade especial do sujeito ativo.
- b) **Crimes próprios (especiais):** o tipo penal exige uma situação fática ou jurídica específica do sujeito ativo. Neste caso, admitem **coautoria** e **participação**.
- c) **Crimes de mão própria (de atuação especial ou de conduta infungível):** o tipo penal exige expressamente uma pessoa específica para a prática do crime. Neste caso, não se admite **coautoria**, mas apenas **participação**, pois não é possível delegar a execução do crime para outro autor.

8.4.2. Crimes simples e complexos

- a) **Crime simples:** é a conduta que se subsume apenas em um único tipo penal.

Exemplo: furto (artigo 155 do Código Penal).

- b) **Crime complexo:** dividem-se em:

- **em sentido estrito:** é a conduta que se subsume em mais de dois tipos penais, de modo que o crime resta configurado pela fusão de tais tipos.

Exemplo: crime de roubo (artigo 157 do Código Penal), que é resultado da fusão entre furto e ameaça ou entre furto e lesão corporal, entre outras possibilidades.

- **em sentido amplo:** é a conduta que, por si só, é suficiente para configurar a infração penal, ainda que dependa da fusão com outra conduta lícita.

8.4.3. Crimes materiais, formais e de mera conduta

- a) **Crimes materiais (causais):** o tipo penal descreve a conduta e o resultado naturalístico, de modo que a caracterização do crime depende da efetiva ocorrência do próprio resultado naturalístico.
- b) **Crimes formais (de consumação antecipada ou de resultado cortado):** o tipo penal descreve a conduta e o resultado naturalístico, de forma que a caracterização do crime **não depende necessariamente** da efetiva ocorrência do resultado naturalístico, consumando-se com a mera prática da conduta.
- c) **Crimes de mera conduta (de simples atividade):** o tipo penal descreve unicamente a conduta, a ponto de não trazer o resultado naturalístico, tampouco exigí-lo. Logo, o resultado jamais pode ser verificado.

8.4.4. Crimes unissubsistentes e plurissubsistentes

- a) **Crimes unissubsistentes:** a conduta é praticada mediante um único ato de execução, que é apto, por si só, à consumação do crime.

Não admite tentativa, pois a conduta não pode ser fracionada, de modo que, uma vez praticada a conduta com um único ato, é alcançada a consumação do crime.

- b) **Crimes plurissubsistentes:** a conduta é praticada mediante mais de um ato de execução, sendo que todos os atos se somam para a consumação do crime.

Neste caso, admite tentativa, pois a conduta é fracionada em vários atos, de sorte que todos estes são somados e, assim, tornam-se fundamentais para a consumação delitiva.

8.4.5. Crimes unissubjetivos, plurissubjetivos e eventualmente coletivos

- a) **Crimes unissubjetivos (unilaterais, monossubjetivos ou de concurso eventual):** o tipo penal exige a prática do crime por um único agente. De todo caso, admite concurso de pessoas.
- b) **Crimes plurissubjetivos (plurilaterais ou de concurso necessário):** o tipo penal exige a prática do crime por uma pluralidade de agentes, envolvendo coautores ou partícipes, imputáveis ou não, conhecidos ou desconhecidos e, inclusive, pessoas que já tiveram extinta sua punibilidade.

8.4.6. *Crimes instantâneos, permanentes, instantâneos de efeitos permanentes e a prazo*

- a) Crimes instantâneos (de estado):** a lesão ao bem jurídico ocorre em momento determinado, sem se prolongar ou protraír no tempo, sabendo-se ao certo o momento da consumação delitiva.

Exemplo: furto (artigo 155 do Código Penal).

- b) Crimes permanentes:** a lesão ao bem jurídico, por vontade do agente, se prolonga no tempo, não se sabendo ao certo o momento de sua consumação.

Esses crimes geram reflexos: (i) na prisão em flagrante, sendo justificável enquanto perdurar a situação de ilicitude; e (ii) no início do cômputo da prescrição.

- c) Crimes instantâneos de efeitos permanentes:** são aqueles cujos efeitos permanecem mesmo após a consumação, independentemente da vontade do agente.

Exemplo: crime de bigamia (artigo 235 do Código Penal).

- d) Crimes a prazo:** exige-se, para a sua consumação, o transcurso de certo período de tempo.

8.4.7. *Crimes de atentado ou de empreendimento*

O tipo penal pune de forma idêntica tanto o crime consumado como o crime tentado.

Exemplo: evasão mediante violência contra a pessoa (artigo 352 do Código Penal).

8.4.8. *Crimes condicionados e incondicionados*

- a) Crimes condicionados:** impõe o tipo penal, para a configuração da infração penal, uma condição objetiva de punibilidade ou de procedibilidade. Neste caso, não admite tentativa.

- b) Crimes incondicionados:** são aqueles em que a instauração da persecução penal é livre. No Direito Penal brasileiro, são a maioria, pois a ação penal pública incondicionada é a regra.

Exemplo: crime de homicídio, de ação penal pública incondicionada.

8.4.9. Crimes transeuntes e não transeuntes

- a) Crimes transeuntes (de fato transitório):** são aqueles que não deixam vestígios materiais.
- b) Crimes não transeuntes (de fato permanente):** são aqueles que deixam vestígios materiais. Nestes crimes, a falta de exame de corpo de delito pode levar à nulidade ou trancamento da ação penal, por ausência da prova da materialidade do delito e, por conseguinte, de justa causa.

8.4.10. Crimes de forma livre e de forma vinculada

- a) Crimes de forma livre:** são aqueles que admitem qualquer meio de execução.
- b) Crimes de forma vinculada:** são aqueles que podem ser praticados unicamente pelos meios executórios previstos no tipo penal.

8.4.11. Crimes mono-ofensivos e pluriofensivos

- a) Crimes mono-ofensivos:** são aqueles que ofendem um único bem jurídico.
- b) Crimes pluriofensivos:** são aqueles que ofendem dois ou mais bens jurídicos.

8.4.12. Crimes principais e acessórios

- a) Crimes principais:** são aqueles que têm existência autônoma, de modo que, para a sua configuração, não dependem da prática de um delito anterior.
- b) Crimes acessórios (de fusão ou parasitários):** são crimes que, para a sua configuração, condicionam-se à prática de um delito anterior.

8.4.13. Crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado

Também são chamados de **tipos penais mistos alternativos, crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado**.

Consistem em tipos penais que descrevem diversos núcleos (condutas ou verbos nucleares), de modo que a sua prática, ainda que envolva mais de um verbo, configura um único crime, desde que haja relação de continuidade entre as condutas e tais incidam sobre o mesmo objeto material.

8.4.14. Crimes à distância, plurilocais e em trânsito

- a) **Crimes à distância (“crimes de espaço máximo”)**: são aqueles cuja conduta e resultado ocorrem em diferentes países. Neste caso, com relação ao local do crime, o Código Penal segue a **teoria da ubiquidade ou mista** (artigo 6º).
- b) **Crimes plurilocais**: a conduta e o resultado ocorrem em comarcas distintas, conquanto de um mesmo país. Em regra, dispõe o Código de Processo Penal que será competente para processo e julgamento do crime o juízo do local da consumação – embora existam exceções (artigo 70).
- c) **Crimes em trânsito**: apenas uma parte da conduta ocorre em um país, mas sem causar lesão aos bens jurídicos das pessoas que vivem no próprio país.

8.4.15. Crimes independentes e conexos

- a) **Crimes independentes**: são aqueles que não guardam nenhum vínculo com outros delitos.
- b) **Crimes conexos**: são aqueles que possuem vínculo com outros delitos, de modo que tal liame pode ocorrer de várias formas, interessando, neste contexto, a **conexão material ou penal**, que se apresenta nas seguintes modalidades.
 - **teleológica (ideológica)**: pratica-se o crime para assegurar a execução do outro delito.

Exemplo: mata-se o segurança para praticar o sequestro contra o empresário.

- **consequencial (causal)**: pratica-se o crime para assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem de outro delito.

Exemplo:

- matar uma testemunha para assegurar a impunidade de determinado crime;
- matar o comparsa para ficar com todo o proveito do crime.
- **ocasional**: pratica-se o crime pela ocasião dos fatos, geralmente pela oportunidade decorrente de outro crime.

Exemplo: após praticar o roubo, o agente decide cometer estupro contra uma das vítimas no mesmo contexto fático.

8.4.16. Crimes de dano e de perigo

- a) **Crimes de dano (de lesão)**: a consumação ocorre com a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

b) Crimes de perigo: a consumação ocorre meramente com a exposição do bem jurídico-penal a uma situação de perigo. Dividem-se em:

- **crimes de perigo abstrato (presumido ou de simples desobediência):** são aqueles cuja consumação ocorre automaticamente com a prática da conduta, de modo que não se exige prova da situação de perigo. Cuida-se de **presunção absoluta** (“*jure et de jure*”) do perigo ao bem jurídico-penal.

Exemplo: crime de tráfico ilícito de drogas (artigo 33 da Lei n. 11.343/06).

- **crimes de perigo concreto:** consumam-se com a comprovação da situação de perigo no caso concreto.

Exemplo: crime de perigo para a vida ou saúde de outrem (artigo 132 do CP).

- **crimes de perigo individual:** são aqueles que atingem uma única pessoa ou um número determinado de pessoas.

Exemplo: crime de perigo de contágio venéreo (artigo 130 do CP).

- **crimes de perigo comum ou coletivo:** são aqueles que atingem um número indeterminado de pessoas.

Exemplo: crime de explosão criminosa (artigo 251 do CP).

- **crimes de perigo atual:** são aqueles em que o perigo ocorre constantemente.

Exemplo: crime de abandono de incapaz (artigo 133 do CP).

- **crimes de perigo iminente:** são aqueles em que o perigo está prestes a ocorrer.

- **crimes de perigo futuro ou mediato:** são aqueles em que a situação de perigo oriunda da conduta do agente se projeta para o futuro.

Exemplo: porte ilegal de arma de fogo de uso permitido ou restrito (artigos 14 e 16, ambos da Lei n. 10.826/03).

8.4.17. Crimes omissivos próprios e impróprios

a) Crimes Omissivos Impróprios

O tipo penal descreve uma **ação** (“*facere*” ou conduta positiva), mas o agente descumpre um dever jurídico que lhe é imposto (artigo 13, §2º, do Código Penal), a ponto de omitir uma conduta que deveria ser cumprida, gerando a produção do resultado naturalístico.

Neste azo, os crimes comissivos por omissão apresentam as seguintes características:

- são **crimes materiais**;
- admitem **tentativa**;
- e podem ser **culposos** ou **dolosos**.

Esses crimes também são, via de regra, **crimes próprios**, pois só podem ser praticados por determinado círculo de autores, isto é, aqueles que têm o especial dever de agir.

As hipóteses do dever de agir são elencadas no artigo 13, §2º, do Código Penal:

- **dever legal**;
- **posição de garantidor**;
- e **ingerência**.

Exemplo: se presente o dever de agir, o agente pode praticar um crime de homicídio. Neste caso, uma mãe pode matar o seu filho de pouca idade caso, dolosamente, deixe de alimentá-lo ou de prestar os cuidados necessários à sua saúde, produzindo a morte por inanição.

b) Crimes omissivos por comissão: ocorre uma ação que provoca a omissão. Contudo, essa classificação não encontra acolhida por grande parte da doutrina penal brasileira.

c) Crimes omissivos quase impróprios: são aqueles em que a omissão não produz uma lesão ao bem jurídico, mas meramente um perigo, seja na forma concreta seja abstrata. Entretanto, cuida-se de classificação que não encontra acolhida no Direito Penal brasileiro.

9. TENTATIVA E CONSUMAÇÃO

9.1. Crime Consumado

Dispõe o artigo 14, inciso I, do Código Penal:

“Diz-se o crime:

I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”.

A determinação do momento consumativo do crime gera os seguintes reflexos:

- termo inicial da **prescrição**;
- e fixação da **competência territorial**.

9.2. Tentativa

Seguindo o disposto no artigo 14, inciso II, do Código Penal brasileiro, diz-se o crime tentado os casos em que o sujeito ativo realiza (**início da execução**), de

forma incompleta, os elementos integrantes do tipo incriminador, não atingindo a consumação por circunstâncias alheias à sua vontade.

Em linhas gerais, a tentativa é o crime que chegou a entrar em execução, mas que não foi alcançada sua consumação por circunstâncias acidentais à vontade do agente. É a *“fração última e típica da ação”*.

O Código Penal de 1940 não prevê a tentativa para cada um dos delitos. Em verdade, a *“conatus”* é prevista no mencionado *Codex* como uma **fórmula de extensão (integrativa ou norma de adequação típica de subordinação mediata ou indireta)**, é dizer, uma figura típica subsidiária que se liga à figura típica principal.

9.2.1. Teoria Objetiva

A **teoria objetiva**, também chamada de **realística** ou **dualista**, defende a punição da tentativa pelo **perigo de lesão** ao bem jurídico, que somente ocorre a partir dos **atos executórios**, que devem ser de caráter **idôneo** e **unívoco**.

Essa teoria encontra acolhida no artigo 14, parágrafo único, do Código Penal de 1940, com a Reforma da Parte Geral trazida pela Lei n. 7.209/1984: *“Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”*.

Excepcionalmente, as penas de certos tipos penais incriminadores são a mesmas tanto para o crime consumado como para o crime tentado, cuja interpretação se extrai da expressão contida no artigo 14, parágrafo único, do Código Penal: *“Salvo disposição em contrário”*. É o que se denomina **crimes de atentado** ou de **empreendimento**.

9.2.2. “Iter criminis”

É o caminho que o agente percorre para a realização dos elementos do tipo incriminador, desde a fase interna (cogitação) até a fase externa (atos preparatórios, executórios e consumação).

Divide-se em duas fases:

- **interna;**
- e **externa.**

a) Fase Interna

Na fase interna, o agente não é punido, vez que sua conduta não chega a ser exteriorizada, de modo que, conforme já proclamava **Ulpiano**, *“ninguém pode ser punido por seus pensamentos”* (*“cogitationis poenam nemo patitur”*), sob o risco

de Direito Penal do autor. E, mesmo que se pretendesse puni-lo, haveria uma dificuldade na **produção de provas**.

A fase interna divide-se em:

1 – Cogitação:
0 agente tem a ideia de praticar o crime (“ <i>cogitatio</i> ”).
2 – Deliberação:
0 agente pondera sobre as vantagens e desvantagens da atividade criminosa.
3 – Resolução:
É o momento em que o agente decide, definitivamente, praticar o delito.

b) Fase Externa

Na fase externa, o agente chega a exteriorizar a sua conduta delituosa. Divide-se em:

1 – Manifestação:

0 agente manifesta a sua decisão de praticar o crime, destinando-a a quem possa ouvi-la.

Em regra, a manifestação **não é punida**, salvo se constituir **crime autônomo**.

Exemplo: crime de ameaça (artigo 147 do Código Penal).

2 – Preparação:

0 agente realiza atos que sinalizam a sua intenção de materializar o crime, a ponto de exteriorizar a sua ideia.

À luz do Direito Penal brasileiro, a preparação **não é punida**, pois o agente ainda não ingressou nos atos executórios nesta fase. Excepcionalmente, pode o legislador optar por punir a preparação (**antecipação da tutela penal**), tomando em conta a relevância da conduta, a ponto de tais atos tornaram-se um tipo penal especial – embora prevaleça a autonomia do crime consumado.

Exemplos:

- petrechos para falsificação de moeda (artigo 291 do Código Penal);
- atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento (artigo 239 do Código Penal), que seria uma preparação para simulação do casamento;

3 – Execução:

É a fase de realização da conduta (núcleo ou verbo nuclear) do tipo incriminador. A própria conduta deve constituir-se de **atos idôneos** e **unívocos** para o alcance do resultado, além de **imediatamente anteriores** ao resultado.

Exemplo: comprar arma de fogo para matar a vítima é preparação para o crime de homicídio, enquanto que efetuar disparos contra a vítima é ato idôneo e unívoco que constitui a conduta de “matar”.

4 – Consumação

É o momento de conclusão do crime, em que se reúnem todos os elementos de sua definição legal (artigo 14, inciso II, do Código Penal).

9.3. Crimes que não admitem tentativa

C – contravenções

H – crimes habituais

O – omissivos próprios

U – unissubsistentes

P – preterdolosos

A – crimes de atentado

C – crime culposos

» Observação:

Admitem tentativa:

- crimes plurissubsistentes;
- crimes de mera conduta;
- crimes omissivos impróprios;
- entre outros.

10. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ

Por motivos de política criminal, a legislação construiu uma “**ponte de ouro**”, assegurando ao agente uma oportunidade para que ele desista ou se arrependa de sua empreitada criminosas, respondendo somente pelos atos então praticados. Eis os institutos da **desistência voluntária** e do **arrependimento eficaz**.

À luz do Direito brasileiro, a **desistência voluntária** e o **arrependimento eficaz**, ambos com previsão no artigo 15 do Código Penal, são também conhecidos como **tentativa qualificada** ou **abandonada**, a despeito de atualmente serem chamados de **tentativa antecipada** à luz do artigo 10 da Lei n. 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo).

São causas pessoais que, por motivos de política criminal, **extinguem a punibilidade**, funcionando como um verdadeiro **prêmio** ao agente.

A **desistência voluntária** é prevista no artigo 15, primeira parte, do Código Penal, que assim dispõe:

“Art. 15. *O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução (desistência voluntária) [...], só responde pelos atos já praticados*”.

O arrependimento eficaz, por seu turno, é previsto no artigo 15, parte final (“*in fine*”), do Código Penal, que assim proclama:

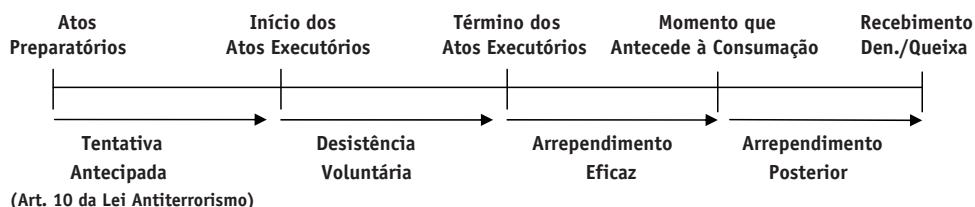
“Art. 15. *O agente que, voluntariamente, [...] impede que o resultado se produza (arrependimento eficaz), só responde pelos atos já praticados*”.

» **Atenção:**

Dispõe o artigo 10 da Lei n. 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo): “*Mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)*”.

Segundo a lei de regência, é possível o **arrependimento eficaz** e a **desistência voluntária** antes mesmo de iniciada a execução do crime de terrorismo, ou seja, na fase dos **atos preparatórios**, no que ambos os institutos passaram a ser chamados pela doutrina de “**ponte de ouro antecipada**”.

QUADRO ESQUEMATIZADO



11. ARREPENDIMENTO POSTERIOR

O **arrependimento posterior** também é chamado de “**ponte de prata**”.

Trata-se de instituto referente à reparação do dano “*ex delicto*”, pois vinculado à consumação e ao exaurimento da infração penal, não guardando qualquer relação com a tentativa. Vale dizer, consiste na **reparação do dano** ou **restituição da coisa** subtraída nos delitos cometidos **sem violência** ou **grave ameaça à pessoa**, por **ato voluntário do agente**, até o **recebimento** da denúncia ou queixa.

Frisa-se que é o arrependimento que ocorre em momento posterior à consumação do crime, razão pela qual recebe o nome de “*posterior*”, distinguindo-se da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.

» **Atenção:**

O **arrependimento posterior** pode ocorrer até o **recebimento** da denúncia ou queixa. Difere-se, apenas para fins didáticos, da retratação da representação, que pode ser ofertada nos seguintes casos: **(i)** a regra é até o **oferecimento** da denúncia ou queixa; e **(ii)** pontualmente, até o **recebimento** da denúncia ou queixa nos delitos praticados no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher – embora a ação penal seja **pública incondicionada para o crime de lesão corporal leve ou culposa**, conforme recente entendimento do STF.

Já a reparação do dano ou a restituição da coisa **após o recebimento** da denúncia ou queixa consiste apenas em **atenuante** (artigo 65, inciso III, “b”, do Código Penal).

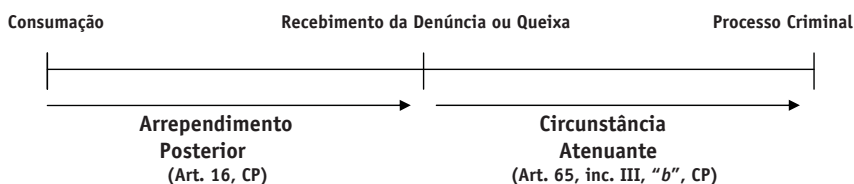
11.1. Natureza Jurídica

É **causa pessoal e obrigatória** de redução da pena, com diminuição de **um a dois terços** (art. 16, CP).

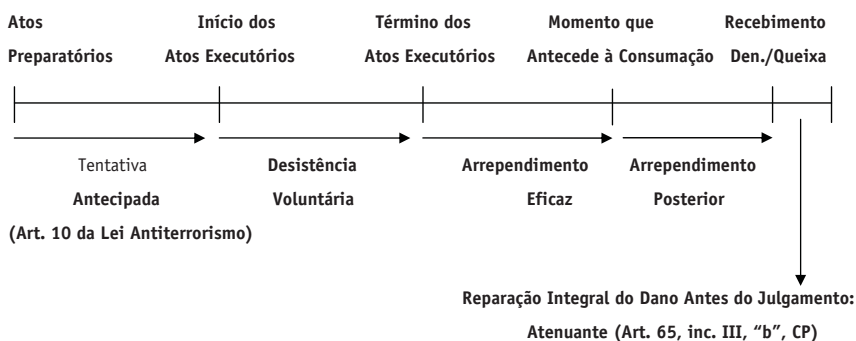
11.2. Requisitos

- ocorrência de crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa;
- reparação do dano ou restituição da coisa;
- necessidade de existência de efeito patrimonial;
- voluntariedade na reparação ou restituição;
- até o recebimento da denúncia ou queixa (limite temporal).

QUADRO ESQUEMATIZADO 1



QUADRO ESQUEMATIZADO 2



12. CRIME IMPOSSÍVEL

Também é chamado de **tentativa inidônea, impossível, inútil, inadequada, “quase-crime”** ou **delito frustrado**.

Consiste em **tentativa não punível**, posto que o agente, em sua conduta, emprega **meios (de execução) absolutamente ineficazes** contra **objetos (materiais) absolutamente impróprios**.

Cuida-se de **causa excludente da tipicidade**, ou seja, causa de **exclusão da adequação típica da tentativa**.

Por fim, o Direito Penal brasileiro perfilha da **teoria objetiva temperada** ou **moderada**, com arrimo no artigo 17 do Código Penal.

12.1. Elementos

A análise do crime impossível não deve realizar-se em um estágio “*ex ante factum*”, mas somente “*ex post factum*”, ou seja, posterior ao fato, na qual cabe a análise dos seguintes requisitos:

- **meio absolutamente ineficaz;**
- **objeto (material) absolutamente impróprio.**

» Observação:

A teor da Súmula 567 STJ:

“Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto”.

13. SUJEITOS DO CRIME

Os sujeitos do crime são aqueles que praticam ou sofrem os efeitos da empreitada delituosa. Dividem-se em: **(i)** sujeito ativo (autor); e **(ii)** sujeito passivo (vítima).

14. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Na esfera criminal, a responsabilidade dos entes coletivos passou a ser expressamente consagrada a partir do advento da **Constituição de 1988**, em duas hipóteses: (i) nos delitos praticados contra a **ordem econômica e financeira e contra a economia popular** (art. 173, §5º, CF); e (ii) nos **crimes contra o meio ambiente** (art. 225, §3º, CF), embora só tenha sido atendida a última previsão legal em nível infraconstitucional, sendo editada a Lei n. 9.605/98.

14.1. Jurisprudência e Julgados

14.1.1. Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Em 12.09.2012, em decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, adotou-se o modelo construtivista de culpabilidade empresarial para fundamentar a autonomia da responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação à responsabilidade criminal das pessoas físicas em crimes ambientais, seguindo o teor literal do parágrafo único do art. 3º da Lei 9.605/98⁵.

14.1.2. Superior Tribunal de Justiça

Originalmente, o Superior Tribunal de Justiça acolheu a teoria do concurso necessário (**dupla imputação**), sob o fundamento de que a imputação delituosa à pessoa jurídica condicionar-se-ia à identificação da pessoa física (*"nullum crimen sine actio humana"*), sob pena de inépcia da inicial, chegando a anular o processo *"ab initio"*⁶.

No mesmo sentido, firmava-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal – embora já tenha reconhecido que é possível a condenação da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que haja a absolvição da pessoa física relativamente ao mesmo delito.

14.1.3. Supremo Tribunal Federal

Em um sentido similar, em decisão proferida em 06.08.2013, o Supremo Tribunal Federal, inclinando-se em sentido diverso ao maciço entendimento então promanado pelo Superior Tribunal de Justiça, em um caso envolvendo o derramamento de cerca de quatro milhões de litros de óleo cru por uma empresa brasileira em dois rios do Estado do Paraná, decidiu pela punição apenas da pessoa jurídica, pois não foi possível apurar, na ocasião, quais pessoas físicas integravam o respectivo quadro societário e, portanto, teriam sido responsáveis pelo acidente ambiental.

Nesse condão, o Pretório Excelso firmou o seguinte entendimento:

- a inconstitucionalidade da teoria da dupla imputação acabara por ser reconhecida, sob o fundamento de que a Constituição não determina como condição da ação penal o processamento simultâneo da pessoa jurídica e da pessoa física, não cabendo ao Poder Judiciário proceder a tal imputação;

5. Nesse sentido: **Apelação criminal 5008326-03.2010.404.7100/RS**, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, julgado em: 19.11.2010.

6. Nessa esteira: **STJ, RHC 35306, 5ª T., Min. Rel. Laurita Vaz**, Julgado em: 18.03.2014; **STJ, 6ª Turma, HC 279619, Min. Rel. Rogério Schietti Cruz**, Julgado em: 18.03.2014; **STJ, 5ª Turma, RMS 37293/SP, Min. Rel. Laurita Vaz**, Julgado em: 02.05.2013.

- a orientação até então predominante conduzia a casos de ineficácia da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por decorrência das dificuldades do contexto probatório na identificação dos responsáveis enquanto pessoas naturais;
- e conferiu interpretação ao parágrafo 3º do art. 225 da Constituição Federal, precisamente à conjunção “ou”, contida no seguinte trecho: *“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas”*.

Em abril de 2014, o Superior Tribunal de Justiça já sinalizou a tendência de seguir a decisão do Pretório Excelso, reconhecendo que a Primeira Turma da Corte Suprema já entendeu que a dupla imputação nos crimes ambientais viola a previsão do § 3º do art. 225 da Constituição.

Essa sistemática se coaduna perfeitamente com o então consagrado à luz da Convenção de Palermo, no sentido de que a responsabilidade das pessoas jurídicas não obstará à responsabilidade penal das pessoas físicas que tenham cometido as respectivas infrações (art. 10, item 3).

14.1.4. Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013)

A Lei n. 12.846/13 (“Lei Anticorrupção”) disciplina as responsabilidades civil e administrativa das pessoas jurídicas que praticarem atos contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em nível de corrupção (art. 5º). Confirmou o combate à corrupção por meio do Direito Administrativo Sancionador.

Nos termos do artigo 5º da Lei Anticorrupção, constituem atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

- corrupção ativa;
- financiar atos lesivos à Administração Pública;
- utilização de pessoa interposta para a prática de atos lesivos;
- atos lesivos relacionados com licitações e contratos;
- e dificultar a investigação ou fiscalização da Administração Pública ou intervir em sua atuação.

» **Inovação Legislativa:**

A Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais, além de alterar o artigo 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins.

Nesse sentido, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos (art. 4º, “caput”). Ademais, entre as recompensas a serem estabelecidas, poderá ser instituído o pagamento de valores em espécie (art. 4º, parágrafo único).

Sustenta-se que a figura prevista no novel legislativo em muito se assemelha com os chamados **denunciantes** ou **informantes cívicos** (*whistleblowers* ou reportantes do bem), que são aqueles que “tocam o apito”, apontando quem são os autores e a ocorrência de infrações penais.

15. FATO TÍPICO

Compõe-se o fato típico dos seguintes elementos:

- **conduta**
- **resultado naturalístico**
- **tipicidade**
- **nexo causal**

15.1. Teorias de Sustentação

- **teoria causal da ação** (clássica, naturalística ou mecanicista)
- **teoria sintomática**
- **teoria final da ação** (finalista)
- **teoria cibernética**
- **teoria social**
- **teoria jurídico-penal**

15.2. Teoria Causal

A **teoria causal** também é chamada de **clássica**, **naturalística** ou **meccanicista**.

Para essa escola, há o chamado “**dolo malus**”, ou seja, o dolo normativo que é analisado de forma objetiva dentro da própria culpabilidade, e não na perspectiva da conduta.

Basta, para a caracterização da conduta, a **fotografia do resultado**, ou seja, como se o agente mentalizasse a forma como ocorreria o resultado.

Sob o prisma da teoria causal, os elementos da culpabilidade são os seguintes:

culpabilidade
– imputabilidade
– dolo ou culpa
– exigibilidade de conduta diversas

Salienta-se que a **culpabilidade** é um elemento do crime, de modo que se aloja em seu interior o **dolo** ou a **culpa**.

15.3. Teoria Final da Ação

A **teoria final** da ação também é chamada de **finalista**, sendo desenvolvida, originariamente, por **Hans Welzel**. É chamada de finalista por considerar que conduta é um comportamento humano, **consciente** (aspecto intelectual) e **voluntário** (aspecto volitivo) dirigido a um fim. Assim, toma-se em conta a **finalidade** do agente, sob o fundamento de que *“a vontade é a espinha dorsal da conduta humana”*.

E, no que tange ao conceito de crime embasado no critério analítico (dogmático), passou a se vislumbrar duas possibilidades de definição de crime à luz da **teoria finalista**:

a) Critério tripartido

Por esse critério, a culpabilidade é **elemento** do crime.

fato típico	ilicitude (antijuridicidade)	culpabilidade
- conduta	- formal	– imputabilidade
– resultado naturalístico	- material	– potencial consciência da ilicitude
- tipicidade		– exigibilidade de conduta diversa
- nexa causal		

b) Critério bipartido

A culpabilidade é meramente pressuposto de aplicação da pena.

fato típico	ilicitude (antijuridicidade)	culpabilidade
- conduta	- formal	– imputabilidade
- resultado naturalístico	- material	– potencial consciência da ilicitude

- tipicidade		- exigibilidade de conduta diversa
- nexo causal		

Certo é que, independentemente do critério tripartido ou bipartido, a teoria finalista encontra maior acolhida nos dias atuais, a ponto de restar superada a proposta do causalismo.

15.4. Formas de Manifestação da Conduta

- **comissiva;**
- ou **omissiva.**

a) Conduta Comissiva

É a externalização de uma ação por meio de um movimento corporal.

As normas proibitivas trazem uma proibição de determinado comportamento (ação), disciplinando os crimes comissivos.

b) Omissão

É uma inação, um comportamento negativo, um não fazer (*"non facere"*). Logo, ocorre nas seguintes situações:

- em que o agente nada faz;
- ou faz algo diferente do seu dever jurídico de agir.

As normas preceptivas disciplinam a omissão, ou seja, determinam que alguém realize uma conduta e, caso não o faça, configura-se a infração penal.

15.5. Exclusão da Conduta

- **caso fortuito ou força maior**
- **atos ou movimentos reflexos**
- **coação física irresistível (*"vis absoluta"*)**
- **sonambulismo e hipnose**

16. CRIMES OMISSIVOS

Em geral, os crimes omissivos apresentam um tipo penal que descreve a omissão como conduta delituosa, representada por um não fazer, é dizer, uma inação ou uma conduta negativa.

Dividem-se em:

- **omissivos próprios;**
- e **omissivos impróprios.**

16.1. Crimes omissivos próprios (puros)

O tipo penal descreve a **omissão** (“*non facere*”) como conduta delituosa.

Esses crimes apresentam as seguintes características:

- são **crimes de mera conduta**;
- **não** admitem **tentativa**;
- são sempre **dolosos**.

Neste caso, a consumação ocorre no exato momento em que o sujeito ativo deveria ter agido, mas não o fez.

Exemplos:

- crime de omissão de socorro (artigo 135 do CP);
- crime de abandono material (artigo 244 do Código Penal, 1ª figura);
- crime de omissão de notificação de doença (artigo 269 do Código Penal).

16.2. Delitos Omissivos Impróprios (Comissão por Omissão)

Em se tratando de crimes omissivos impróprios, o tipo penal descreve uma ação (“*facere*” ou conduta positiva), mas o agente descumpre um dever jurídico que lhe é imposto (artigo 13, §2º, do Código Penal), a ponto de omitir uma conduta que deveria ser cumprida, acarretando a produção do resultado naturalístico.

O Direito Penal brasileiro consagra a **teoria normativa jurídica** para definição da **conduta omissiva**, sob o fundamento de que a punição do agente não decorre do nexo causal entre a conduta omissiva e o resultado, mas pelo fato de o agente **poder e dever agir** para evitar o próprio resultado.

Dispõe o artigo 13, §2º, do Código Penal (com Reforma da Parte Geral de 1984):

“Relevância da Omissão

Art. 13. §2º. *A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:*

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

Os crimes comissivos por omissão apresentam as seguintes características:

- são **crimes materiais**;
- admitem **tentativa**;
- podem ser **culposos** ou **dolosos**.

Esses crimes também são, via de regra, **crimes próprios**, pois só podem ser praticados por determinado **círculo de autores**, isto é, aqueles que têm o especial dever de agir.

17. CRIME DOLOSO

À luz da teoria causal (clássica ou mecanicista), o dolo e a culpa formam um elemento autônomo da culpabilidade, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa. Assim, aponta-se a seguinte estruturação da **culpabilidade**:

- **imputabilidade**
- **dolo ou culpa** (trazendo em seu bojo a atual consciência da ilicitude)
- **exigibilidade de conduta diversa**

Destarte, o dolo trazia em seu cerne os seguintes elementos:

- **consciência**
- **vontade**
- **atual consciência da ilicitude** (ainda não se falava de “potencial” consciência da ilicitude, tal como se verifica na teoria final da ação)

É bem de ver que o causalismo submete o Direito Penal às regras das ciências naturais, embasadas nas leis da causalidade, de modo que o único momento que cabe a análise do dolo ou da culpa (**dolo normativo**) é no âmbito da culpabilidade. Logo, o dolo é mal (“**dolo malus**”) e normativo, pois revestido de atual consciência da ilicitude e, assim, analisado de forma objetiva no âmbito da culpabilidade.

Sob o prisma da teoria causal, os elementos do crime são os seguintes:

fato típico	ilicitude (antijuridicidade)	culpabilidade
– conduta	– formal	– imputabilidade
– resultado naturalístico	– material	– dolo ou culpa
– tipicidade		– exigibilidade de conduta diversa
– nexa causal		

Salienta-se que a **culpabilidade** é um elemento do crime, de modo que se aloja em seu interior o **dolo** ou a **culpa**.

Já para a **teoria finalista**, que encontra maior acolhida no Direito brasileiro, o dolo, que se aloca na conduta humana, é o conhecimento e o querer de concretização dos elementos do tipo penal. Assim, a execução da ação finalista pode ocorrer na forma **tentada** ou **consumada**, dependendo do estágio do “*iter*” percorrido pelo agente.

Com efeito, sustenta a teoria finalista que a conduta, de significado penal, é um comportamento humano, **consciente** (aspecto intelectual) e **voluntário** (aspecto volitivo) dirigido a um fim. Assim, deve ter-se em conta a **finalidade** do agente.

A partir dessas características, o dolo é analisado no campo da ação humana, deixando de ser compreendido na perspectiva da culpabilidade, tal como defendia a escola causal.

17.1. Dolo Direto x Dolo Indireto

a) Dolo Direto

Também é chamado de dolo determinado, intencional, imediato ou incondicionado.

É aquele em que a vontade do agente é direcionada a determinado resultado, ou seja, a uma finalidade precisa.

Exemplo: assassino profissional que, com a intenção de matar, efetua disparo de arma de fogo certo e fatal contra a vítima.

b) Dolo Indireto

O dolo indireto (indeterminado) é aquele em que o agente não tem a vontade dirigida a um determinado resultado.

Divide-se em:

- **dolo alternativo;**
- **dolo eventual.**

O dolo alternativo é aquele em que o agente tem a intenção de praticar um entre vários resultados possíveis.

Por outro lado, o **dolo eventual** é aquele em que o agente não tem a intenção de que o resultado ocorra, embora o tenha como previsível, a ponto de assumir o risco de produzi-lo - ou seja, consente para a lesão do bem jurídico.

17.2. Dolo Eventual e Crimes de Trânsito

Atualmente, entende o Supremo Tribunal Federal que, **em regra**, configura **culpa consciente** (e não dolo eventual) o homicídio praticado na direção de veículo automotor.

Nada obstante, ressaltou o Pretório Excelso que, dependendo das circunstâncias do caso concreto, é possível a configuração de **dolo eventual**, caso em que restará aperfeiçoado o crime de homicídio doloso simples (art. 121, “*caput*”, do Código Penal).

18. CRIME CULPOSO

Os elementos do fato típico do crime culposo são os seguintes:

- conduta;
- tipicidade – em regra, não integra o fato típico dos crimes culposos, apenas incidindo em hipóteses excepcionais, caso em que será formal e material, em se tratando de crimes materiais;
- resultado;
- nexo causal;
- quebra objetiva do dever de cuidado;
- previsibilidade objetiva do resultado;

Diante disso, a jurisprudência e a dogmática desenvolveram certos conceitos e diretrizes que fossem aptos a caracterizar a lesão ao dever de cuidado (finalismo) ou a criação do risco não permitido (funcionalismo) – já que estes definem o desvalor da ação nos delitos negligentes –, tais como:

- o critério do homem consciente e prudente;
- o princípio da confiança;
- o dever de informação sobre riscos e de abstenção de ações;
- e o binômio “risco-utilidade” na avaliação de ações perigosas.

» Atenção

Para as **provas em geral**, os fundamentos da **culpa** devem ser analisados na perspectiva do **finalismo**, salvo se a questão trazer uma perspectiva diversa.

18.1. Quebra do Dever de Cuidado

A quebra do dever de cuidado é prevista no Código Penal brasileiro, podendo ocorrer nas seguintes formas:

- **imprudência**, que é a culpa que se manifesta de forma ativa, por meio de um ato descuidado ou afoito.

Exemplo: casos em que o agente conduz o veículo em alta velocidade ou o dirige na contramão da pista;

- **negligência**, que é a culpa manifestada de forma omissiva.

Exemplo: deixar de dar manutenção no veículo, sendo que, por conta disso, ocorre um acidente fatal.

- e **imperícia**, que é modalidade de culpa manifestada no desempenho de arte ou profissão, não importando se ativa ou passiva.

Exemplo: responsabilidade médica.

Por fim, de se lembrar que, na perspectiva do Direito Penal, não se admite a compensação de culpas.

18.2. Previsibilidade Objetiva

Nos delitos culposos, a relação entre a ação finalista e o resultado típico não pode ocorrer no plano da realidade, já que não há um vínculo ontológico entre a ação finalista e o resultado – ao contrário do que se verifica quanto aos delitos culposos no plano da causalidade. É dizer, não há uma correspondência entre a ação final, o resultado e o nexo de causalidade.

Assim, construiu a doutrina um critério que fosse apto a imputar o resultado e o nexo de causalidade à conduta do agente em crimes culposos: a **previsibilidade objetiva**.

19. TIPICIDADE

A tipicidade penal é formada pela presença simultânea da **tipicidade formal** e da **tipicidade material**.

A tipicidade formal é a subsunção da conduta praticada pelo agente ao tipo penal.

A tipicidade material (substancial), por seu turno, é a conduta que causa lesão ou exposição a perigo de lesão a bem jurídico penalmente tutelado.

Relaciona-se com o princípio da ofensividade (lesividade), pois somente as condutas de maior gravidade ao bem jurídico-penal devem ser criminalizadas. Assim, pode ocorrer de a conduta se amoldar perfeitamente no tipo penal (tipicidade formal), embora não venha a causar uma lesão ou exposição a perigo de lesão ao bem penal no mundo real (atipicidade material).

Exemplo: princípio da insignificância.

Salienta-se que a **tipicidade como indício da ilicitude** é a concepção que encontra maior acolhida no Direito Penal. Quer dizer, consagra-se o critério tripartido de crime, por meio da análise de fases distintas e sucessivas: **fato típico (tipicidade), ilicitude e culpabilidade**.

20. NEXO CAUSAL

Nos termos do artigo 13 do Código Penal:

“Relação de Causalidade

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

Por nexos causal (relação de causalidade), entende-se a ligação entre a conduta praticada pelo autor e o correspondente resultado naturalístico produzido, com relevância suficiente para configurar o fato típico.

Nessa esteira, surgiram, no Direito Penal, diversas teorias no campo do nexos causal:

- **teoria da equivalência dos antecedentes;**
- **teoria da causalidade adequada;**
- **teoria da imputação objetiva.**

Outrossim, há outras propostas teóricas que se dedicam à discussão da temática em comento, dentre as quais:

- **teoria da condição próxima;**
- **teoria da causa eficiente;**
- **teoria da causa típica,** entre outras.

Em regra, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 13, “*caput*”, consagra **a teoria da equivalência das condições**, também chamada de teoria da equivalência das condições, da condição simples, segundo a qual considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

21. CONCAUSAS

São condições que podem gerar uma limitação ou não no nexos causal, a ponto de serem preexistentes, concomitantes ou supervenientes, com base na teoria dos antecedentes causais. Vale dizer, podem causar o resultado de forma absoluta ou relativamente independente ao comportamento do agente.

21.1. Causas dependentes e independentes

Causa dependente é aquela que provém **exclusivamente** da conduta do agente, integrando o curso normal do desenvolvimento causal, de acordo com as regras de experiência (“*id quod plerumque accidit*”). Existe dependência entre os acontecimentos, posto que sem o anterior não ocorreria o posterior.

A causa independente, por seu turno, é a que não decorre normalmente do desdobramento da conduta, de sorte que seu aparecimento é inesperado e imprevisível. Em miúdos, é independente pela capacidade de produzir, por si só, o resultado, a ponto de sua ocorrência não depender **absoluta** ou **relativamente** do agente.

As causas **absoluta** e **relativamente independentes** (da conduta do agente) dividem-se em:

- **preexistentes**
- **concomitantes**
- **supervenientes**

21.1.1. Causas absolutamente independentes

São aquelas desvinculadas da conduta da ação ou omissão ilícita do agente. Ou seja, produzem, **exclusivamente**, o resultado naturalístico, independentemente da conduta do autor.

Essa problemática é resolvida pela teoria da equivalência das condições (causalidade antecipadora), de modo que as causas absolutamente independentes chegam a romper o nexo causal. Dividem-se em:

- **Preexistentes**
- **concomitantes**
- **supervenientes**

» Atenção:

Há de se aplicar a teoria da equivalência dos antecedentes causais, com base no critério de eliminação hipotética e no dolo, para se verificar se **há ou não a interrupção** do nexo causal.

a) causas absolutamente independentes preexistentes

É a causa que existe antes à prática da conduta. O resultado naturalístico teria ocorrido da mesma forma, mesmo sem o comportamento ilícito do agente.

Exemplo: “A” efetua disparo de arma de fogo contra “B”, que vem a falecer pouco depois, não em consequência dos ferimentos sofridos, mas porque antes ingerira veneno.

b) causas absolutamente independentes concomitantes

É a causa que incide simultaneamente à prática da conduta do agente. Vale dizer, surge no mesmo momento em que o agente pratica o comportamento delituoso.

Exemplo: “A” causa ferimentos em “B” no mesmo momento em que este vem a falecer exclusivamente por um colapso cardíaco.

c) causas absolutamente independentes supervenientes

É a causa que incide posteriormente à conduta do agente.

Exemplo: “A” ministra veneno na alimentação de “B” que, quando se encontra tomando a refeição, vem a falecer em consequência de um desabamento do teto do local.

Neste caso, resolvendo a problemática pelo artigo 13, “*caput*”, do Código Penal (teoria da equivalência dos antecedentes causais), há um corte no nexo causal, de modo que o agente responde somente pelo que fez (**tentativa de homicídio**) e, assim, ignora-se a **causa superveniente (absolutamente independente)**, pois tal (causa da morte) não tem ligação alguma com o comportamento inicial do agente. Logo, o autor somente responderá pelos atos praticados, excluindo-se da sua imputação a causa (absolutamente independente) superveniente.

Esse raciocínio também se aplica aos demais casos (itens a e b). **Logo, o agente não responde pelo resultado morte, mas apenas pelos atos praticados antes de sua execução.**

21.1.2. Causas Relativamente Independentes

São aquelas que, somadas à conduta do agente, conduzem à produção do resultado. É dizer, quaisquer que sejam as concausas neste caso (preexistentes, concomitantes ou supervenientes), tais atuam de forma a auxiliar ou reforçar o processo causal iniciado com o comportamento do agente.

Há a chamada “**soma de fatores**” (“**soma de energias**”) que produz o resultado: soma-se a conduta com o resultado.

Exemplo: cita-se a conduta que representa o golpe de uma faca, de modo que a hemofilia, por conta do corte, provoca a morte do agente, havendo uma “soma de fatores”. Neste caso, o agente só responde pelo resultado se a causa lhe era conhecida ou previsível (previsibilidade) (“**é uma situação impossível como regra de acontecer?**”).

Dividem-se as causas relativamente independentes em:

- **Preexistentes**
- **concomitantes**
- **supervenientes**

Insta salientar que as causas relativamente independentes não se confundem com as causas dependentes. Na primeira (causas relativamente independentes), há

uma soma de fatores, pois a concausa não exsurge, a rigor, da conduta do agente. Na última (causas dependentes), as concausas advêm exclusivamente da conduta do autor.

a) causas relativamente independentes preexistentes

Exemplo: “A” lança um golpe contra “B”, hemofílico, que vem a falecer em consequência dos ferimentos e em conjunto com sua condição fisiológica (hemofilia).

b) causas relativamente independentes concomitantes

Exemplo: “A” efetua um disparo de arma de fogo contra “B”, no exato instante em que este (“B”) está sofrendo um colapso cardíaco, provando-se que a lesão contribuiu para o resultado morte (junto com o ataque cardíaco).

c) causas relativamente independentes supervenientes

Exemplo:

- em um trecho de rua, um ônibus, que um sujeito dirige, colide contra um poste de sustentação de fios elétricos, de modo que um dos fios cai ao chão, atingindo um passageiro ileso e já fora do veículo, provocando-lhe a morte em razão da descarga elétrica.

Nestes casos (causas supervenientes), o sujeito **não** responde pelo resultado, já que a causa superveniente é **imprevisível e desconhecida**, de modo que **não é somada** à sua conduta, havendo uma interrupção do nexos causal, razão pela qual o Código Penal exclui a imputação da própria causa superveniente (artigo 13, §1º, do Código Penal).

Assim, o agente responderá somente pelos atos praticados. Cuida-se de uma **exceção à teoria da equivalência dos antecedentes causais, pois é um abrandamento à regra trazido pela teoria da causalidade adequada.**

22. ILICITUDE

É a **contrariedade de um fato típico praticado por alguém em relação ao ordenamento jurídico (ilicitude formal)**, sendo que, no plano concreto, causa lesão ou a expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente relevantes (**ilicitude material**).

Ilicitude não se confunde com injusto penal. Com efeito, o primeiro exprime a ideia de contrariedade da conduta humana com a norma, referindo-se ao ordenamento jurídico num todo. O segundo, por sua vez, significa a valoração da conduta como antijurídica, assumindo um sentido específico, a exemplo do injusto civil.

Neste azo, a ilicitude pode ser típica ou não no âmbito do Direito Penal.

Não será típica se o ilícito não for previsto em lei como infração penal. Por outro lado, será típica se o ato ilícito for previsto como delito, por força do princípio da reserva legal.

Inferre-se, assim, que o **juízo de ilicitude** depende da **tipicidade**. Ou seja, a **tipicidade é causa indiciária** (indicadora) da **ilicitude** (*"ratio cognoscendi"*), de modo que o juízo de ambas é feita no mesmo momento.

Consigna-se que, sob o ângulo do Direito brasileiro, não se adota a concepção de que a ilicitude integra a tipicidade (*"ratio essendi"*).

» **Atenção:**

Para **provas** em geral, é comum designar a **ilicitude** como o mesmo que **antijuridicidade**, apesar das divergências doutrinárias acerca da terminologia.

22.1. Ilicitude Formal x Ilicitude Material

Dentre as diversas espécies de classificação, a ilicitude se divide em **formal e material (substancial)**.

A **ilicitude formal** é a desobediência no plano das normas, ou seja, a contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico.

A **ilicitude material**, por seu turno, significa a conduta humana, comissiva e omissiva, que causa lesão ou expõe a perigo de lesão um bem penalmente relevante. Desponta, assim, como a substância (conteúdo) do injusto, ou seja, o caráter antissocial do comportamento.

23. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

São **circunstâncias descritas nos tipos permissivos** ou **justificadores autônomos**, sendo que, uma vez presentes, afastam a própria ilicitude do comportamento humano. Ou seja, o fato que é abrangido por uma dessas causas perde a ilicitude, deixando de ser um injusto penal e, via de consequência, de configurar um delito.

Partindo da concepção de que o Direito Penal brasileiro perfilha da teoria finalista da ação, consubstanciada no critério tripartido de crime, entende-se que a **tipicidade é causa indiciária** (indicadora) da **ilicitude** (*"ratio cognoscendi"*), de modo que o fato típico é, em regra, ilícito, salvo nos casos previstos em lei. Cabe dizer, a ilicitude decorre, em regra, da tipicidade.

23.1. Consentimento do Ofendido

De acordo com o entendimento doutrinário, o consentimento do ofendido pode ser considerado:

- **causa supralegal excludente da tipicidade**
- **causa supralegal excludente da ilicitude.**

Para que o consentimento do ofendido seja considerado causa supralegal de exclusão da **tipicidade**, o **dissenso da vítima deve ser elemento integrante do tipo**. Em havendo o consentimento, torna-se o fato atípico, pois se exclui a tipicidade.

Por outro lado, o consentimento do ofendido é **causa supralegal de ilicitude**.

Para que o consentimento do ofendido (na perspectiva da ponderação de valores) seja considerado causa supralegal de exclusão da **ilicitude**, o **dissenso da vítima não é elemento integrante do tipo**.

23.2. Causas Gerais de Exclusão da Ilicitude

23.2.1. Estado de Necessidade

É a **conduta legítima** de quem pratica o fato para salvar **direitos próprios** (estado de necessidade próprio) ou **alheios** (estado de necessidade de terceiro) igualmente **legítimos**, diante de **perigo atual** ou **iminente**, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar nas circunstâncias.

Consoante o disposto no artigo 23, inciso I, do Código Penal, o estado de necessidade é **causa excludente da ilicitude**.

Ressalta-se que o Código Penal de 1940, com a reforma da Parte Geral de 1984 (Lei n. 7.209/84), privilegia, no âmbito do estado de necessidade, a **teoria unitária**, segundo a qual o estado de necessidade constitui **sempre** uma **causa excludente de ilicitude**.

Salienta-se que, sob o ângulo do Direito Penal brasileiro, a **teoria diferenciadora** só foi adotada pelo Código Penal Militar (de 1969).

Ademais, os requisitos do estado de necessidade são **cumulativos**. Há dois momentos distintos para a análise do estado de necessidade:

a) Situação de necessidade, que ocorre somente com:

- **perigo atual**
- **perigo não provocado voluntariamente pelo agente**
- **ameaça a direito próprio ou alheio**
- **ausência do dever legal de enfrentar o perigo**

b) Fato necessitado, ou seja, o fato típico praticado pelo agente em relação ao bem jurídico, tendo como requisitos:

- **inevitabilidade do perigo por outro modo**
- **proporcionalidade**

» **Atenção**

1 – Configuração de estado de necessidade

Se “A” desfere golpe mortal no cão feroz de “B” (sem que “B” tenha instigado o animal), para proteger criança do ataque furioso do animal, razão pela qual a ação de “A” é plenamente justificável por **estado de necessidade**.

2 – Configuração de legítima defesa

“B” **instiga** seu cão a atacar uma criança, momento em que “A” desfere golpe mortal no animal para protegê-la. Neste caso, “A” atua em **legítima defesa de terceiro** (da criança) – e poderia atuar em **legítima defesa própria** se o ataque fosse investido contra ele próprio.

23.2.2. Legítima Defesa

Incumbe ao Estado a defesa dos direitos juridicamente reconhecidos, pois é titular do **direito de punir** (“*ius puniendi*”). Há casos, no entanto, em que o particular, paralelamente, tem a autorização legal para sua **autodefesa**, a exemplo da legítima defesa.

Com fundamento no artigo 23 do Código Penal, é a legítima defesa **causa de exclusão da ilicitude**.

O **artigo 25 do Código Penal** traz os **requisitos cumulativos** da legítima defesa, a saber:

- a) **agressão injusta, atual ou iminente** (diferentemente do estado de necessidade, em que se exige **expressamente** apenas a **agressão atual**, além do fato de os bens jurídicos postos em conflitos serem **lícitos**)
- b) **direito próprio ou de terceiro**
- c) **intenção de atuar em legítima defesa** (“*animus defendendi*”)
- d) **uso moderado dos meios necessários**

A legítima defesa pode ser:

a) própria

A pessoa, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a **direito seu**.

b) de terceiro

A pessoa, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a **direito de outrem**.

» **Atenção: Prescindibilidade da Saída Mais Cômoda (“*Commodus Discessus*”)**

Mesmo com a reforma da Parte Geral de 1984, o Código Penal de 1940 não exige o “*commodus discessus*” para a configuração da legítima defesa, ou seja, não impõe ao agente a saída mais cômoda para evitar a injusta agressão.

23.2.2.1. *A absolvição penal faz coisa julgada no cível (impede a indenização no cível)?*

Em regra, a sentença penal absolutória que reconhece alguma das causas excludentes de ilicitude faz coisa julgada no cível, impedindo o ajuizamento de **ação civil de conhecimento** para discussão da obrigação de indenizar na órbita civil. Quer dizer, a matéria não poderá ser discutida no juízo cível se houver a absolvição criminal do acusado nas seguintes hipóteses:

- causas de exclusão da ilicitude (**art. 65 do Código de Processo Penal**) (salvo nos casos que serão analisados a seguir)
- absolvição pela inexistência material do fato (**art. 66 do Código de Processo Penal**)
- absolvição pela negativa de autoria

Nada obstante, mesmo que haja absolvição na esfera criminal (por alguma das causas excludentes de ilicitude ou não), a matéria poderá ser discutida no cível nas seguintes hipóteses:

- **estado de necessidade agressivo**
- **legítima defesa real com “aberratio ictus”**
- **descriminante putativa (excludente de ilicitude putativa)**
- despacho de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação (**art. 67, inciso I, do Código de Processo Penal**)
- decisão que julgar extinta a punibilidade (**art. 67, inciso II, do Código de Processo Penal**)
- sentença absolutória que decidir que o fato não constitui crime (**art. 67, inciso III, do Código de Processo Penal**)

23.2.3. *Exercício Regular de Direito e Estrito Cumprimento do Dever Legal*

O exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal, embora considerados causas gerais de exclusão da ilicitude e integrantes da Parte Geral do Código Penal, encontram fundamento em **normas extrapenais, ou seja, fora do Direito Penal**.

Cada qual apresenta as seguintes características:

O estrito cumprimento do dever legal são ações praticadas em cumprimento de um **dever imposto por lei**. Em regra, são realizadas por **agentes públicos**.

O exercício regular de direito, por seu turno, é definido pelos limites determinados pelo fim econômico e social do direito.

Exercício Regular de Direito
Exemplos:
1 – Flagrante Facultativo
É aquele que pode ser realizado por qualquer pessoa do povo.
2- Direito de Retenção
Afasta-se o caráter criminoso de eventual apropriação indébita.
3 – Desforço imediato na defesa da posse

Estrito Cumprimento do Dever Legal
Exemplos:
1 – Flagrante Compulsório
É aquele que deve ser realizado pela autoridade.
2 – Cumprimento de mandado de prisão

23.2.3.1. *Ofendículos*

São aparatos pré-dispostos para a defesa de algum bem jurídico.

Exemplos: arame farpado; caco de vidro; cerca eletrificada; **cão de guarda em quintal**.

Exigem-se os seguintes requisitos:

- o aparato deve ser visível
- tal aparato deve ser inacessível a terceiros inocentes
- há de ser observada eventual regulamentação administrativa
- o aparato deve ser lícito.

Com relação à **natureza jurídica**, os ofendículos podem ser classificados de duas formas:

a) no momento da instalação do aparato

Configuram **exercício regular de direito**, ou seja, uma **faculdade** do proprietário do imóvel.

b) no momento da utilização do aparato

Constituem **legítima defesa preordenada**, ou seja, antecipadamente preparada.

23.2.4. Excesso Punível

O excesso, doloso ou culposos, gera, em todas as causas excludentes de ilicitude, a responsabilidade penal do agente (artigo 23, parágrafo único, do Código Penal). Apenas é possível falar de **excesso** se, em dado momento, o agente já atuava acoberado por uma causa excludente da ilicitude, mas acabou por intensificar sua conduta no mesmo contexto fático, entrando na esfera de lesão do bem jurídico alheio.

24. CULPABILIDADE

A culpabilidade é, na atual perspectiva do Direito Penal liberal, um juízo de reprovação social (juízo de censura ou pressuposto de aplicação da pena) que incide tanto sobre o fato (culpabilidade do fato) como sobre o autor (culpabilidade do autor), a ponto de o infrator apresentar a seguinte perspectiva no momento da prática delituosa:

- **imputabilidade penal** (também denominada capacidade de culpabilidade ou capacidade penal);
- **potencial consciência da antijuridicidade** ou da ilicitude (conhecimento da antijuridicidade, do injusto ou da ilicitude);
- e **exigibilidade de conduta diversa** (dirigibilidade normativa ou capacidade de agir conforme ao direito), seguindo as regras impostas pelo Direito.

No traçar de suas características gerais, a culpabilidade pode apresentar diversos conceitos conforme a teoria de sustentação perfilhada, quais sejam:

- **teoria psicológica** (à luz da teoria causal);
- **teoria normativa ou psicológico-normativa** (também sob o manto da teoria causal);
- **teoria normativa pura** (sob a égide da teoria final);
- **teoria limitada**
- **teoria funcionalista**

Privilegia-se, para o homem, o conceito de culpabilidade normativa pura à luz do finalismo, consistente em um juízo de censura que recai tanto sobre o autor (culpabilidade do agente) como sobre o fato típico e antijurídico (culpabilidade do fato), a ponto de o infrator apresentar a seguinte perspectiva no momento da prática delituosa:

- **imputabilidade penal** (também denominada capacidade de culpabilidade ou capacidade penal);
- **potencial consciência da antijuridicidade** (conhecimento da antijuridicidade, do injusto ou da ilicitude);
- e **exigibilidade de conduta diversa** (dirigibilidade normativa ou capacidade de agir conforme ao direito).

24.1. Cocolpabilidade

No Direito brasileiro, entende-se que a **cocolpabilidade**, embora não prevista expressamente em lei, pode ser reconhecida como **atenuante inominada**, com esteio no artigo 66 do Código Penal.

25. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

As causas de exclusão da culpabilidade (exculpação ou dirimentes) são as seguintes:

a) imputabilidade:
• doença mental
• desenvolvimento mental retardado
• desenvolvimento mental incompleto
• embriaguez acidental completa
b) potencial consciência da ilicitude:
• Erro de proibição inevitável (escusável)
c) exigibilidade de conduta diversa
• coação moral irresistível
• obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal

25.1. Grupos

As causas de exclusão da culpabilidade se dividem em dois grupos:

25.1.1. Quanto ao agente do fato

- a) existência de doença mental ou desenvolvimento mental **incompleto** ou retardado (art. 26, “*caput*”, CP)

- b) existência de embriaguez decorrente de **vício** (art. 26, “*caput*”, CP)
- c) menoridade (art. 27, CP)

25.1.2. Quanto ao fato

a) Legais
• coação moral irresistível (art. 22, CP)
• obediência hierárquica (art. 22, CP)
• embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º, CP)
• erro de proibição escusável ou inevitável (art. 21, CP)
• discriminantes putativas
b) Supralegais
• inexigibilidade de conduta diversa
• estado de necessidade exculpante
• excesso exculpante
• excesso accidental

QUADRO ESQUEMATIZADO

Art. 26

Doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado

Supressão das Capacidades Mentais:

Será o agente inimputável. O juiz proferirá sentença absolutória imprópria, impondo ao agente medida de segurança (“**Art. 26.** É isento de pena o agente que *por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*”).

Redução das Capacidades Mentais:

Será o agente **semi-imputável**, sendo que o juiz proferirá **sentença condenatória, reduzindo** a pena de 1/3 a 2/3, e decidindo, posteriormente, se é cabível a imposição de medida de segurança. Deve ser adotada uma ou outra (redução ou medida de segurança), seguindo o sistema vicariante (que foi adotado pelo Código Penal). Nos termos do art. 26, parágrafo único, do CP: “**Art. 26. Parágrafo único:** A pena pode ser reduzida de 1/3 a 2/3, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado **não era inteiramente capaz** de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Art. 27

Menoridade Penal

Nesse caso, todos são imputáveis. O menor em conflito com a lei comete ato infracional, sujeitando-se à medida socioeducativa e protetiva (para adolescente) ou apenas à medida protetiva (para criança). Nos termos do art. 27 do Código Penal: **“Art. 27. Os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”**.

Art. 28

Embriguez voluntária (acidental, decorrente de caso fortuito ou força maior)

Supressão das Capacidades Mentais (Acidental Completa)

Será o réu inimputável, caso em que haverá sentença absolutória imprópria (não é caso de aplicação de medida de segurança). Nos termos do art. 28. §1º, do Código Penal: **“Art. 28. §1º. É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”**.

Redução das Capacidades Mentais (Acidental Incompleta)

Será o réu semi-imputável, havendo condenação com pena de 1/3 a 2/3 (não é cabível aplicação de medida de segurança). Nos termos do artigo 28, §2º, do Código Penal: **“Art. 28. §2º. A pena pode ser reduzida de 1/3 a 2/3, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”**.

25.2. Embriguez decorrente de vício (alcoolismo ou embriguez crônica) como doença mental

A embriguez é a intoxicação aguda e transitória provocada pelo consumo de **álcool** ou **substâncias de efeitos análogos**.

À luz do Direito Penal brasileiro, a embriguez pode apresentar as seguintes **classificações**:

a) não acidental:
• voluntária (intencional ou dolosa)
• culposa (imprudente)
b) acidental:
• decorrente de caso fortuito ou força maior
c) preordenada
d) alcoolismo (embriguez decorrente de vício, “crônica” ou “patológica”)

Dessa forma, aponta-se o seguinte quadro de responsabilidade criminal:

1 – Embriguez não acidental: a pessoa encontra-se determinada a alcançar o estado de embriaguez. Neste caso, é o agente punido com a aplicação da **“actio**

libera in causa libertatem relata” (ação livre na causa). Classifica-se a embriaguez não acidental em:

- a) **voluntária (intencional ou dolosa)**: o agente tem a intenção de se embriagar pelo consumo de **álcool** ou qualquer **outra substância psicotrópica**.
- b) **culposa (imprudente)**: o agente não tem a intenção de se embriagar, embora se põe em estado de ebriedade pelo consumo imprudentemente excessivo de álcool. Ou seja, tem a consciência de que ficará embriagado, mas não evita a própria ebriedade.

» **Consequências:**

Em se tratando de embriaguez **não acidental**, haverá punição quando a própria embriaguez for voluntária ou culposa, **independentemente de ser completa ou incompleta**.

2 – Embriaguez preordenada

Na embriaguez preordenada, o indivíduo, deliberadamente, se embriaga com o fim de cometer o delito, a ponto de liberar seus freios inibitórios e encorajar-se a tanto. Assim, além de ter a intenção de se colocar em estado de ebriedade, tem o agente a finalidade de praticar o crime, de modo que a embriaguez se apresenta como um meio facilitador da empreitada delituosa.

Neste caso, é o agente também punido com a aplicação da **“actio libera in causa libertatem relata”**.

» **Consequências:**

Haverá punição do agente, com a incidência de agravante pela embriaguez preordenada.

3 – Embriaguez acidental (completa ou incompleta, decorrente de caso fortuito ou força maior

Na embriaguez acidental (involuntária), o agente alcança a ebriedade sem ser por culpa sua.

Assim, a embriaguez acidental decorre de caso fortuito ou força maior.

a) Caso fortuito:

Ocorre nos casos em que o agente ignora a natureza tóxica do que consome ou não tem a possibilidade de saber que a substância provocará a embriaguez, a ponto de não **evitar o resultado** por sê-lo **imprevisível**. Geralmente, é comum em acidente ou mesmo nos casos em que o agente mistura álcool com remédios, a ponto de provocar reações químicas indesejadas.

Exemplos:

- operário de destilaria que se embriaga inalando os vapores do álcool presentes na área de trabalho;
- alguém é ludibriado por terceiro;
- cair em um tonel de aguardente.

b) Força maior:

É a embriaguez forçada por terceiro, de modo que não depende do controle ou da vontade do agente.

Exemplo: é o caso da **coação**, em que alguém, com uma arma na cabeça exibida por outrem, é obrigado a ingerir um litro de aguardente, sob o risco de morte.

25.3. Coação Moral Irresistível

Divide-se a coação em duas modalidades:

a) física:
• resistível
• irresistível (" <i>vis absoluta</i> ")
b) moral:
• resistível
• irresistível (" <i>vis compulsiva</i> ")

O artigo 22 do Código Penal traz duas causas de exclusão da **exigibilidade de conduta diversa**: **coação moral irresistível** e **obediência hierárquica**.

A **coação moral irresistível** e a **obediência hierárquica** são causas de exclusão da culpabilidade, pela **inexigibilidade de conduta diversa**.

25.4. Erro de Proibição e Potencial Consciência da Ilicitude

O erro, que **vicia** a vontade do agente – ou seja, que causa uma falsa percepção da realidade –, pode incidir de duas formas:

- a) erro de tipo:** é o erro que recai sobre os elementos essenciais (erro de tipo essencial) ou circunstâncias (erro de tipo accidental) do tipo penal correspondente a crime ou à contravenção penal, de modo que o erro de tipo essencial gera reflexos na **tipicidade** (juízo de tipicidade) e, consequentemente, no fato típico.

Para a determinação da responsabilidade penal na perspectiva do **fato típico**, a conduta apresentada pelo autor é comparada com a figura do homem médio no caso concreto – o que também se estende à análise da **ilicitude**.

b) erro de proibição: é o erro que recai sobre a ilicitude da ação, em especial na potencial consciência da ilicitude, a ponto de influir na culpabilidade (juízo da culpabilidade).

Para a determinação da responsabilidade criminal, analisa-se o perfil subjetivo do agente no plano dos fatos, o qual é delineado de acordo com os seguintes pontos:

- sua **interação social**;
- e o **dever de informar-se** sobre as **normas de cultura** e conduzir-se de acordo com os **princípios éticos e morais** de certo conjunto social, a ponto de alcançar ou não a “**consciência profana do injusto**”.

» **Observação:**

Para se determinar se um erro de proibição é inevitável ou evitável, não se leva em conta a figura do homem médio, mas o **perfil subjetivo do agente**.

Com efeito, o homem médio se destina à análise do fato típico e da ilicitude, enquanto que o **perfil subjetivo do agente** recai na análise da **culpabilidade**.

Assim, para o exato alcance da culpabilidade, tomam-se em conta as condições pessoais do responsável pelo fato típico e ilícito, a exemplo da cultura, localidade em que mora, inteligência e prudência.

O **erro de proibição** pode apresentar as seguintes naturezas jurídicas:

a) inevitável (escusável ou invencível):

O sujeito não tem a possibilidade de entender o caráter ilícito do fato, ou seja, não conseguiria evitar o erro sobre a ilicitude do fato devido ao seu perfil subjetivo. Logo, há a **exclusão da culpabilidade**, por ausência da potencial consciência da ilicitude.

b) evitável (inescusável ou vencível):

Neste caso, teria o sujeito a possibilidade de entender o caráter ilícito do fato, ou seja, lograria evitar o erro sobre a ilicitude do fato.

Esses critérios do erro de proibição evitável são trazidos pelo artigo 21 do Código Penal, embora ensejam ampla margem de interpretação. Assim, Francisco de Assis Toledo traz critérios mais seguros para determinar esses casos:

- o agente atua com uma “consciência profana” acerca do caráter ilícito do fato;
- o agente atua sem a “consciência profana”, quando lhe era fácil atingi-la, nas circunstâncias, em que se encontrava, isto é, com o próprio esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio;

- o agente atua sem a “consciência profana” sobre o caráter ilícito do fato, por ter, na dúvida, deixado propositadamente de informar-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida;
- o agente atua sem essa consciência por não ter procurado informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas.

Logo, subsiste a potencial consciência da ilicitude e, assim, a **culpabilidade**, embora o agente tenha a pena **reduzida de um sexto a um terço**.

26. ERRO DE TIPO

O erro de tipo é o **erro em sentido amplo** (erro em sentido estrito e ignorância) que recai tanto sobre os **elementos constitutivos (erro de tipo essencial)**, como sobre as **circunstâncias (erro de tipo accidental)** do tipo penal correspondente a **crime (delito)** ou à **contravenção penal**.

De se ver que o **erro de tipo essencial** pode ser:

- **evitável**
- ou **inevitável**.

Já o **erro de tipo accidental** classifica-se em:

- **erro sobre a pessoa**
- **erro sobre o objeto**
- **erro sobre as qualificadoras**
- **erro sobre o nexo causal**
- **erro na execução do crime (“*aberratio ictus*”)**
- **resultado diverso do pretendido (“*aberratio criminis*”)**

26.1. Erro de Tipo Essencial

É aquele que recai sobre os **elementos essenciais (constitutivos)** do tipo penal.

De se ver que, para a configuração de uma infração penal, o **dolo** precisa ser **abrangente**, ou seja, deve o agente ter a intenção de envolver todos os elementos do tipo penal. Caso ausente qualquer dos elementos devido ao erro de tipo, o dolo não será abrangente, razão pela qual será afastado.

Em suma, o erro de tipo essencial **afasta o dolo** da conduta do agente.

Divide-se em:

- **escusável** (inevitável ou invencível);
- **inescusável** (evitável ou vencível).

a) Erro de Tipo Essencial Escusável

O erro de tipo **escusável (inevitável, invencível ou desculpável)** é aquele que qualquer pessoa, mesmo com a diligência e prudência do homem médio, não conseguiria evitar a falsa percepção da realidade sobre os elementos constitutivos do tipo penal, provocando **inevitavelmente** o resultado.

Neste caso, o erro é inevitável ou invencível e, consequentemente, **desculpável**. Fala-se de escusável pelo fato de ser desculpável, ou seja, por admitir escusas do infrator.

Logo, **afasta-se o dolo e a culpa**, a ponto de abalar a conduta e a tipicidade e, consequentemente, o fato típico, não havendo a configuração da infração penal.

Exemplo: em um estacionamento, “A” confunde seu carro com outro das mesmas características (marca, cor, acabamento etc.), de propriedade de terceiro, no que adentra no veículo e deixa o local.

“A” **não comete crime de furto**, pois houve um equívoco sobre as elementares “subtrair” e “coisa alheia”, no que ausentes o dolo e a culpa de sua conduta, restando o fato atípico.

Exceção:

Mesmo com o **erro de tipo essencial inevitável**, há um caso em que se exclui o dolo da primeira infração penal, mas ainda subsiste a punição em decorrência da desclassificação para outro crime.

Exemplo: o indivíduo que, ao proferir uma ofensa, desconhece a condição de funcionário público da vítima. Neste caso, **não restará configurado** o crime de desacato (art. 331 CP), pois ausente a elementar “funcionário público”, mas haverá sua desclassificação para o **crime de injúria** (art. 140), como forma de proteger a honra do ofendido.

b) Erro de Tipo Essencial Inescusável

O erro de tipo **inescusável (evitável, vencível ou indesculpável)** é aquele que o agente, se tivesse atuado com a diligência e prudência do homem médio, poderia ter evitado o próprio erro e, assim, a configuração da infração penal.

Neste azo, o erro é evitável ou vencível e, portanto, **indesculpável**. Fala-se de inescusável pelo fato de não comportar escusas do autor, já que, uma vez cotejado com a figura do homem médio, sua conduta pode ser evitada.

Logo, **afasta-se o dolo, mas subsiste a culpa**, se previsto em lei o respectivo crime na modalidade culposa, pois atuou o agente com imprudência, negligência ou imperícia, mantendo-se os elementos do fato típico.

26.2. Erro sobre a Pessoa

O erro sobre a pessoa (erro na representação ou “*error in persona*”) é modalidade de **erro de tipo accidental** em que o agente confunde as **qualidades** da vítima pretendida (vítima virtual), a ponto de atingir pessoa diversa (vítima real).

Neste azo, mantêm-se intactas as elementares essenciais do tipo incriminador, subsistindo a responsabilidade penal do agente. Como consequência, será o autor punido como se tivesse praticado o crime contra a vítima pretendida (vítima virtual).

Logo, há somente duas pessoas envolvidas: o **autor** e a **vítima real** – dispensando a **vítima virtual** ou pretendida, eis que não é atingida.

Exemplo: “A” pretende matar “B”, mas, avistando outra pessoa pelas costas, acaba por atingir, por **erro na representação**, seu próprio **pai (vítima real)**, que vem a falecer. Logo, “A” deve responder pelo crime de homicídio, como se tivesse o praticado contra “B” (**vítima virtual ou pretendida**), pois ainda presente o dolo de sua conduta, já que o erro não recaiu no elemento subjetivo (dolo), mas nas qualidades da vítima pretendida.

Neste caso, **não incide** a agravante referente ao grau de parentesco do autor em relação ao seu pai (art. 61, II, “e”, primeira parte, do Código Penal).

26.3. Erro sobre o Objeto

É aquele em que o agente acredita que sua conduta incide sobre certo objeto, quando, em verdade, recai sobre objeto diverso.

De toda sorte, o agente responderá pela infração penal que pretendia praticar.

Exemplo: O agente acredita subtrair uma joia rara, quando, em verdade, subtrai uma bijuteria. De qualquer forma, mesmo com o erro sobre o objeto, houve subtração do patrimônio alheio, mantendo-se intactas as elementares essenciais do tipo penal do furto (“*Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia ou móvel*”), de modo que o agente responderá pelo crime que pretendia praticar.

26.4. Erro sobre as Qualificadoras

É modalidade de erro de tipo accidental em que o agente se equivoca sobre as qualificadoras da infração penal.

Neste viés, mantêm-se intactos os elementos essenciais do tipo incriminador, a exemplo do dolo e da culpa, embora seja afastada a qualificadora, que é uma **circunstância do elemento constitutivo**.

Exemplo: o agente tem a intenção de furtar um automóvel com o emprego de uma “mixa”, acreditando praticar um crime de furto qualificado pelo empregado de chave falsa (art. 155, §4º, inc. III, CP), quando, em verdade, utiliza uma chave verdadeira, por erro de representação da realidade.

Neste caso, responderá pelo crime de furto simples, afastando-se a qualificadora mencionada.

26.5. Erro sobre o Nexo Causal

O erro sobre o nexo causal (**dolo geral, erro sucessivo** ou “*aberratio causae*”) é modalidade de erro de tipo **acidental** em que o agente se equivoca quanto ao meio de execução do crime e, ainda assim, ocorre o resultado que ele pretendia. Em miúdos, é um erro que recai sobre a relação de causalidade.

Exemplo:

Em certo dia, “A” se encontra com seu desafeto próximo a um penhasco à beira-mar, oportunidade em que lhe oferece uma bebida com veneno, no que seu desafeto passa a ingeri-la e, assim, imediatamente cai desmaiado ao solo. Acreditando estar morto, “A” oculta o corpo de seu desafeto, lançando-o em alto-mar em um saco plástico. Passado algum tempo, o corpo é localizado por autoridades, restando concluído que a “*causa mortis*” não decorreu da ingestão de bebida com veneno, mas pela asfixia provocada por afogamento.

Neste caso, há perfeita compatibilidade entre o dolo do agente e o resultado naturalístico produzido, qual seja, a morte da vítima. Logo, o autor responderá por homicídio qualificado consumado, sendo que a qualificadora será aquela que o agente inicialmente empregou à prática do crime, isto é, o **emprego de veneno** – e não do emprego de asfixia.

26.6. Erro na Execução do Crime

O erro na execução do crime também é conhecido como **aberração no ataque** (“*aberratio ictus*”).

Consiste em aberração no ataque, pois o agente tem a intenção de atingir bem jurídico de determinada **pessoa**, mas, por erro na execução, atinge bem jurídico de **pessoa** diversa da pretendida.

A relação é de **pessoa contra pessoa**, ou seja, o agente atinge duas ou mais **pessoas** – e não de **crime contra crime**, em que o agente pode atingir um objeto e, ao mesmo tempo, uma pessoa -esta última relação é típica do resultado diverso do pretendido ou “*aberratio criminis*”.

Há três pessoas envolvidas: **autor, vítima virtual (pretendida) e vítima real (aquela que foi atingida)**.

a) Unidade simples (ou com resultado único)

O agente, por erro na execução (aberração no ataque), atinge unicamente a pessoa diversa da pretendida. Quer dizer, o agente atinge a vítima real, enquanto a vítima virtual (pretendida) não suporta qualquer tipo de lesão.

Logo, mantêm-se intactos os elementos essenciais do tipo incriminador, de modo que o agente recai unicamente em erro sobre a pessoa que pretendia atingir.

Exemplo:

Em um evento com grande aglomeração de pessoas, “A” se encontra com seu desafeto, no que saca seu revólver e efetua um disparo de arma de fogo contra seu próprio desafeto, mas, por falha na pontaria, atinge terceiro, matando-o.

Neste caso, o que crime praticado por “A” foi exatamente o que ele pretendia desde o início (leia-se, o crime de homicídio), embora tenha atingido pessoa diversa.

Logo, não importa qual a vítima que o autor tenha matado, pois a finalidade do ordenamento penal não é proteger o bem jurídico de determinada vítima, mas o bem jurídico em sentido amplo (com base no dolo do agente), entendido como a vida no caso mencionado.

Consequência:

Neste caso, o agente responderá como se tivesse praticado o crime contra a **vítima virtual** (pretendida) – cuja punição segue a mesma sistemática do erro sobre a pessoa (art. 20, § 3º).

Aplica-se a regra do art. 73, “*caput*”, **primeira parte**, do Código Penal:

“Art. 73. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender (vítima virtual ou pretendida), atinge pessoa diversa (vítima real), responde como se tivesse praticado o crime contra aquela (vítima virtual), atendendo-se ao disposto no § 3º do artigo 20 deste Código (erro sobre a pessoa) [...]”.

Logo, no caso mencionado, o agente teria praticado um suposto **crime de homicídio tentado** contra a vítima virtual. De todo caso, responderá pelo crime de homicídio que contra ela queria praticar (leia-se, homicídio consumado), de modo que a pretensa tentativa resta absorvida.

b) Unidade complexa (ou com resultado duplo)

O agente, por erro na execução (aberração no ataque), mediante uma só ação (**concurso formal perfeito ou próprio**), com **unidade da atividade criminosa**, pratica dois ou mais crimes, pois atinge tanto a pessoa pretendida (**vítima virtual**) como a pessoa diversa da pretendida (**vítima real**).

Ressalta-se que o erro na execução com unidade complexa resta configurado somente se a **vítima real** for atingida **culposamente**.

Exemplo:

Valendo-se do exemplo mencionado, “A” se encontra com seu desafeto em um grande evento, no que saca seu revólver e efetua um disparo de arma de fogo contra ele, mas, por falha na pontaria, acaba por atingir o próprio desafeto e, ao mesmo tempo, terceiro que ali se encontrava.

Neste caso, o crime praticado por “A” foi exatamente o que ele inicialmente pretendia, a ponto de atingir a vítima desejada e o terceiro que se encontrava no local.

Consequências:

Aplica-se o **concurso formal perfeito ou próprio** (art. 70, “caput”, primeira parte, do Código Penal).

Assim, para **crimes diferentes**, aplica-se a mais grave das penas, aumentada de um sexto até a metade.

26.7. Resultado Diverso do Pretendido

O **resultado diverso do pretendido** também é chamado de “*aberratio criminis*”, “*aberratio delicti*” ou **desvio do crime**.

É a situação em que o agente tem a intenção de praticar um **crime**, mas, por acidente ou erro na execução, advém resultado diverso do pretendido, a ponto de configurar **outra espécie de crime**.

Neste caso, a relação é de **crime contra crime**, e não de **pessoa contra pessoa** (esta última relação é típica do erro na execução ou “*aberratio ictus*”).

Exemplo: sujeito atira uma pedra com a intenção de quebrar uma vidraça (art. 163 CP), mas, por erro na execução, atinge uma pessoa que passava pela rua, lesionando-a (art. 129 CP).

O resultado diverso do pretendido pode apresentar as seguintes modalidades:

- **unidade simples** (ou resultado único);
- **unidade complexa** (ou resultado duplo).

a) Unidade simples (ou com resultado único)

Na **unidade simples**, tem o agente a intenção de praticar determinado crime, mas, por acidente ou erro na execução, produz resultado diverso do pretendido, atingindo o bem jurídico somente da **vítima real**.

Sem embargo, de acordo com o entendimento da doutrina, se o resultado previsto como crime culposo for **menos grave** (referente à vítima real) ou **não comportar a modalidade culposa**, não se aplica a regra do “*aberratio criminis*”.

Exemplo: sujeito atira uma pedra com a intenção de quebrar a vidraça de uma loja, mas, por acidente ou erro na execução, atinge **involuntariamente (culposamente)** a funcionária que estava no interior do estabelecimento, lesionando-a.

Logo, mantém-se o dolo da conduta do agente em relação à vítima virtual (pretendida), por ser erro de tipo accidental, mas subsiste a **culpa** em relação à vítima real, pela produção do resultado involuntário (resultado diverso do pretendido), se o fato é previsto em lei como crime culposo.

» **Consequência:**

Neste caso, o agente responderá pelo **crime culposo**, se prevista tal modalidade em lei.

Aplica-se-lhe a regra do art. 74, “*caput*”, **primeira parte**, do Código Penal:

“Art. 74. Fora dos casos do artigo anterior (art. 73), quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo [...]”.

b) Unidade complexa (ou resultado duplo)

Na **unidade complexa**, tem o agente a intenção de praticar certo crime, atingindo a **vítima virtual** (pretendida), mas, por acidente ou erro na execução, **com unidade da atividade criminosa (concurso formal próprio ou perfeito)**, produz resultado diverso do pretendido, a ponto de também atingir o bem jurídico da **vítima real**.

Exemplo: sujeito atira uma pedra com a intenção de quebrar a vidraça de uma loja, atingindo-a (bem jurídico da **vítima virtual ou pretendida**), mas, por acidente ou erro na execução, também atinge **culposamente** uma funcionária (**vítima real**) que estava no estabelecimento, lesionando-a.

» **Consequências:**

Aplica-se ao agente as regras do art. 70, “*caput*”, primeira parte, do Código Penal (**concurso formal perfeito ou próprio**).

Nada obstante, de acordo com o entendimento da doutrina, se o resultado previsto como crime culposo for **menos grave** (aquele referente à vítima real) ou **não comportar a modalidade culposa**, não se aplica a regra do “*aberratio criminis*”.

Assim, para **crimes diferentes**, aplica-se a mais grave das penas, aumentada de 1/6 (um sexto) até metade.

Neste caso, o aumento incide de acordo com o número de crimes praticados.

27. AUTORIA E CONCURSO DE PESSOAS

A autoria em “sentido amplo” abrange:

- a) autoria individual e participação;
- b) coautoria, identificada como concurso de pessoas (autoria coletiva ou criminalidade coletiva)

27.1. Autoria

Sob o ângulo do Direito Penal brasileiro, tanto a **autoria** (autoria individual) como o **concurso de pessoas** (coautoria e participação) têm previsão no artigo 29, “caput”, do Código Penal:

“Título IV: DO CONCURSO DE PESSOAS

Art. 29. *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*

§1º. *Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de 1/6 a 1/3. (participação de menor importância)*

§2º. *Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste (cooperação dolosamente distinta ou excesso de contribuição); essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.*

Dessa forma, a autoria divide-se em:

a) individual

O autor realiza pessoal e diretamente todos os caracteres do tipo de injusto (tipo penal);

b) mediata

O autor realiza o tipo de injusto por meio da utilização de outra pessoa como instrumento.

Neste caso, o Código Penal não disciplinou expressamente a autoria mediata, de modo que tal modalidade de autoria é fruto de **construção doutrinária**.

c) coletiva (coautoria)

Vários autores praticam em comum o mesmo tipo de injusto.

Já a participação pode ocorrer ou na forma **moral** (**induzimento** ou **instigação** a fato doloso) ou **material** (**cumplicidade**) ao autor à prática de fato doloso.

Fundamentalmente, os conceitos de **autoria (autoria individual)** variam conforme a teoria de sustentação a ser perfilhada, a saber:

a) teoria unitária, consubstanciada no conceito extensivo de autor e na teoria subjetiva;
b) teoria subjetiva;
c) teoria extensiva;
d) teoria dualista, consubstanciada no conceito restritivo de autor e na teoria objetiva, que abarca:
• teoria objetivo-formal
• teoria objetivo-material
e) teoria do domínio do fato, que transita entre as perspectivas subjetiva e objetiva de autoria.

» Observação: Teorias de Concurso de Pessoas
Já as teorias que discutem sobre a fundamentação do concurso de pessoas (autoria coletiva ou criminalidade coletiva) são:
a) teoria unitária (monista ou monística);
b) teoria dualística;
c) teoria pluralística

27.1.1. Discussão sobre a acolhida da teoria objetivo-formal pelo Código Penal de 1940

Para a determinação da autoria individual, entende-se que a teoria objetivo-formal é privilegiada pelo Código Penal de 1940, a partir da reforma de sua Parte Geral pela Lei n. 7.209/84.

» Concurso de Pessoas

Em se tratando de autoria coletiva (**concurso de pessoas**), comunga-se do entendimento de que, **como regra**, a **teoria unitária** foi adotada pela redação original do Código Penal de 1940, consoante o disposto no item 25 da Exposição de Motivos da Parte Geral, e, **subsidiariamente**, consagra-se as **exceções pluralísticas (da cumplicidade do crime distinto, autonomia da cumplicidade ou exceções pluralísticas)**. E, mesmo com a Reforma da Parte Geral de 1984, trazida pela Lei. 7.209/84, o art. 29 do Código Penal ainda privilegia a **teoria unitária** ao menos para a determinação da autoria coletiva.

27.3. Cooperação Dolosamente Distinta

O art. 29, §2º, do CP trata da **cooperação dolosamente distinta, cuja previsão** deve ser dividida em duas partes:

a) “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste”

Nessa parte, a **cooperação dolosamente distinta** significa o seguinte: se dois ou mais agentes cometem dois ou mais crimes, mas um dos agentes não estava ligado pelo vínculo subjetivo ao **crime mais grave** praticado pelo outro coautor (e **o resultado mais grave não era previsível**), será aplicada ao primeiro (agente) apenas a pena do crime menos grave. Assim, se quis um dos agentes participar de crime menos grave, então **não haverá concurso de pessoas**. Logo, um dos agentes terá uma cooperação dolosamente distinta em relação ao outro à produção do evento lesivo.

b) “Essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”

Nessa parte, a **cooperação dolosamente distinta** significa o seguinte: se dois ou mais agentes cometem dois ou mais crimes, mas um dos agentes não estava ligado pelo vínculo subjetivo ao **crime mais grave** praticado pelo outro autor, embora **o resultado mais grave tenha sido previsível**, será aplicada ao primeiro (agente) apenas a pena do crime menos grave, **aumentada até a metade**.

Neste viés, a previsibilidade do crime mais grave deve ser determinada com base na figura do homem médio.

27.4. Circunstâncias Incomunicáveis

Pelo atual panorama do Código Penal, o termo **“circunstâncias”** é sinônimo de **“dados”**.

Os **dados** da figura típica são:

a) elementares: consistem em dados essenciais do fato típico, sem os quais não há crime.

Dividem-se em:

- **objetivas (de caráter real):** no crime de roubo, é elementar de caráter real o emprego de violência contra a pessoa (art. 157, *caput*, CP).
- **subjetivas (de caráter pessoal):** no crime de peculato (art. 312, CP), é elementar de caráter pessoal o fato de o agente ser funcionário público (art. 327, CP).
- b) circunstâncias propriamente ditas:** são dados acessórios do tipo penal, pois orbitam em torno das elementares e acabam por influir na dosagem da pena, na forma de causa de aumento ou de diminuição.

Exemplo: as elementares do tipo penal do homicídio são “matar” e “alguém”, enquanto que as circunstâncias são “**motivo fútil**” (§2º, II) – **que é uma qualificadora** –, e “**relevante valor moral**” (§1º) – que é uma causa de diminuição da pena.

As **circunstâncias propriamente ditas são divididas em:**

- **objetivas (ou de caráter real):** dizem respeito ao fato ou à infração penal, ou seja, aos dados externos ao agente, afigurando como a **intensidade do injusto**. Em geral, são o lugar, a vítima e o modo de execução.

Exemplo:

- **homicídio:** o meio cruel é circunstância de caráter real no crime de homicídio (art. 121, §2º, III).
- **subjetivas (ou de caráter pessoal):** dizem respeito à pessoa do agente, ou seja, aos dados internos do agente, constituindo-se em **medida da culpabilidade**. Em geral, referem-se à intenção, motivos e relação de parentesco.

Exemplo:

- **homicídio:** os motivos do crime são circunstâncias de caráter pessoal do crime de homicídio (art. 121, §§1º e 2º, I, II e V).

c) condições pessoais

Afora as elementares e circunstâncias (objetivas e subjetivas), o art. 30 do Código Penal também abarca as **condições de caráter pessoal**.

As condições pessoais são as qualidades do indivíduo que o acompanham em qualquer situação, independentemente da natureza e das características dos crimes.

Exemplo: agravante da reincidência (art. 61, I, CP)

Portanto, o art. 30 do CP é norma de extensão típica (**norma de adequação típica de subordinação mediata**), a ponto de estender aos coautores e partícipes de um crime as **circunstâncias** ou **elementares objetivas** (de caráter real) e as **elementares subjetivas (de caráter pessoal)**, desde que os demais agentes tenham seu conhecimento, ao passo que “*Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal*”, ou seja, as circunstâncias subjetivas.

A partir desses fundamentos, extraem-se três conclusões:

a) As circunstâncias subjetivas e condições de caráter pessoal não se comunicam (aos coautores e partícipes)

As circunstâncias incomunicáveis são aquelas que não se transmitem aos coautores e partícipes da infração penal, pois dizem respeito exclusivamente a certo agente.

De acordo com o art. 30 do Código Penal, todos os dados típicos se comunicam (**circunstâncias elementares e circunstâncias objetivas**), salvo as circunstâncias subjetivas e condições de caráter pessoal (*“de caráter pessoal”*), **não importando se os demais agentes tenham ou não seu conhecimento**.

b) As circunstâncias objetivas (de caráter real) se comunicam (aos coautores e partícipes)

As circunstâncias objetivas se comunicam aos coautores e partícipes, contanto que **os demais agentes tenham seu conhecimento**, sob o risco de responsabilidade objetiva.

c) As elementares objetivas (de caráter real) e as elementares subjetivas (de caráter pessoal) se comunicam (aos coautores e partícipes)

As elementares objetivas e **as elementares subjetivas (v.g., elementar de funcionário público no crime de peculato)** se comunicam aos coautores e partícipes, contanto que **os demais agentes tenham seu conhecimento**, sob pena de responsabilidade objetiva.

27.5. Autoria Incerta

A autoria incerta ocorre no contexto da autoria colateral, quando mais de uma pessoa é apontada como autora do crime, mas não se logra apurar qual a conduta que efetivamente produziu o resultado.

Exemplo:

“A” e “B” se ajustam com a intenção de agredir (e não matar) a vítima “C” a tiros, para produzir-lhe lesões corporais de natureza gravíssima pela incapacitação permanente para o trabalho. Ambos se postam de cada lado da rua e, quando o desafeto se aproxima, efetuam disparos de arma de fogo contra o próprio desafeto.

Apenas um disparo acerta a vítima, que vem a morrer. Ouvidos em juízo, “A” confessa que, no momento dos fatos, agiu com a intenção de matar a vítima “C”. “B” confessa ter previsto a ocorrência da morte de “C”, mas acreditou em sua habilidade e na de “A” para apenas lesionar a vítima. A perícia não identificou a arma da qual partiu o projétil que acertou a vítima.

Logo, a responsabilidade criminal será determinada da seguinte forma:

- “A”: responderá por **tentativa de homicídio**;
- “B”: responderá por **tentativa de lesão gravíssima**.

Decerto, é caso de **autoria incerta** no contexto de **autoria colateral**, de modo que não se sabe de qual arma partiu o projétil que matou a vítima, não havendo que se falar em crime de homicídio consumado.

27.6. Participação

À luz de todas as teorias de autoria, a participação é modalidade de concurso ou concorrência de pessoas (ao lado da autoria ou da coautoria), pois o partícipe concorre à produção do evento delituoso, embora não realize diretamente o núcleo do tipo penal, limitando-se a prestar uma conduta meramente acessória à ação principal do autor ou do coautor.

Logo, é uma forma de **colaboração**, mas que não se refere à realização do verbo descrito no tipo penal.

Exemplo: é partícipe de um homicídio o sujeito que, tendo conhecimento da intenção do autor, mas sem a vontade de praticar o crime, presta colaboração na empreitada ao ponto de emprestar-lhe uma arma municiada para a execução do delito (**participação com auxílio material**).

A participação caracteriza-se por dois requisitos:

a) propósito de colaborar para a conduta do autor ou do coautor
b) colaboração efetiva, consistente em comportamento acessório à conduta do autor ou do coautor.

O Código Penal de 1940, com reforma da Parte Geral de 1984 (Lei n. 7.209/1984), **não privilegia** qualquer teoria da acessoriedade na perspectiva da participação.

Nada obstante, a partir de uma interpretação sistemática, devem ser **afastadas a acessoriedade mínima e a hiperacessoriedade**.

A doutrina nacional tem a propensão de adotar a **acessoriedade limitada**, embora deixe de compatibilizar sua aplicação com a autoria mediata. Contudo, para **provas em geral**, é salutar a adoção da **acessoriedade máxima**, eis que tal se coaduna com a autoria mediata.

27.8. Participação de Menor Importância

No concurso de pessoas, a **participação de menor importância (mínima, de somenos ou de apoucada importância)** é a contribuição causal para a produção do resultado, mas de forma menos decisiva, com base no critério da equivalência dos antecedentes causais (*“conditio sine qua non”*), privilegiado no artigo 13, “caput”, do Código Penal.

28. PENA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL

A sanção penal divide-se em duas modalidades:

- penas;
- medidas de segurança.

a) Penas

a) Culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena

O pressuposto da pena é a culpabilidade – diferentemente da medida de segurança, que é a periculosidade.

À luz do conceito analítico (dogmático), crime é fato típico, antijurídico e culpável. Neste caso, entende-se que a culpabilidade é um elemento do crime, que traz como consequência o juízo de censura do fato e do agente, servindo (apenas como consequência) como pressuposto de aplicação da pena.

b) Destinatários

As penas se destinam aos:

- imputáveis;
- ou semi-imputáveis não perigosos.

b) Medida de Segurança

a) Periculosidade como pressuposto da medida de segurança

A medida de segurança tem como pressuposto a periculosidade.

b) Destinatários

Destinam-se as medidas de segurança aos: (i) inimputáveis; ou (ii) semi-imputáveis dotados de periculosidade

28.1. Pena

A pena é uma das espécies de sanção penal impostas pelo Estado ao autor de uma infração penal, com fundamento na culpabilidade do agente e do fato, a partir de uma ação penal e no exercício do direito de punir, tendo por finalidade:

- a retribuição do delito praticado (**função retributiva**);
- a prevenção da prática de novos crimes (**função preventiva**);
- a reinserção do infrator (**função (res)socializadora**).

28.1.1. Pena de morte à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

a) Núcleo Inderrogável de Direitos Fundamentais

O artigo 4º, n. 2, do Pacto de São José da Costa Rica traz um núcleo inderrogável de direitos fundamentais. Nada obstante, pode haver a suspensão dessas garantias em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência do Estado.

b) Direito à Vida

Toda pessoa tem o direito de que se respeite a vida, preferencialmente desde a concepção.

Os países que não tiverem abolido a pena de morte somente poderão determiná-la para os delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena.

Ademais, não é possível restabelecer a pena de morte em países nos quais ela já tenha sido abolida.

Não se deve impor a pena de morte à pessoa (inexecutável) que, no momento da perpetração do delito, for:

- | |
|--------------------------------|
| • menor de 18 anos |
| • maior de 70 anos |
| • mulher em estado de gravidez |

Por fim, toda pessoa condenada à morte tem o direito de solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser requeridos em todos os casos.

28.2. Princípios

São aplicáveis às penas os seguintes princípios:

- | |
|--|
| • princípio da reserva legal (estrita legalidade), como corolário do princípio da legalidade |
| • princípio da anterioridade |
| • princípio da culpabilidade |
| • princípio da personalidade |
| • (princípio da intranscendência, intransmissibilidade ou da responsabilidade penal) |
| • princípio da inderrogabilidade (inevitabilidade) |
| • princípio da intervenção mínima |
| • princípio da humanidade (humanização das penas) |
| • princípio da proporcionalidade |
| • princípio da individualização |
| • princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato |

QUADROS ESQUEMATIZADOS
EXERCÍCIO DO DIREITO DE PUNIR
Infração → direito de punir do Estado → inquérito policial → instrução criminal (processo penal) → trânsito em julgado.
PRESCRITIBILIDADE
Regra: prescrição (perda do direito de punir ou do direito de executar a pena, devido à inércia do Estado no transcurso do tempo)
Exceção (imprescritibilidade):
• crimes de racismo ou discriminação;
• ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado de Direito;
• crimes de extrema gravidade com alcance internacional, em caso da jurisdição subsidiária do TPI.

29. ESCOLAS PENAIS E SOCIOLÓGICAS DO CRIME

É salutar a compreensão das seguintes escolas sociológicas do crime:

- escola de Chicago, com ênfase na teoria do *“three strikes and you are out”*;
- teoria da associação diferencial;
- teoria da anomia;
- teoria da subcultura delinquente;
- teoria do etiquetamento ou *“labelling approach”*;
- teoria crítica.

Podem ser citados, outrossim, os seguintes pensamentos dentro do Direito Penal:

- abolicionismo;
- Direito Penal mínimo;
- Direito Penal máximo e o *“ticking bomb scenario theory”*;
- expansão e velocidades do Direito Penal;
- garantismo penal;
- justiça restaurativa.

» **Atenção 1:**

A **teoria das janelas quebradas** se originou da **teoria dos testículos quebrados ou despedaçados** (“*breaking balls theory*”), de modo que ambas apresentam a mesma definição.

Com efeito, a teoria dos testículos despedaçados se destina ao combate das pequenas infrações, da mesma forma que a teoria das janelas quebradas implementou a política de “tolerância zero”. Logo, essas teorias partem da premissa de que, em havendo uma perseguição policial eficaz, os agentes que praticam infrações de menor gravidade acabam por atuar em outros lugares, com a finalidade de que não sejam perturbados pelo Estado.

» **Atenção 2:**

O **Direito Penal máximo**, também conhecido como **Direito Penal do inimigo**, considera infrator aquele que conduz sua vida em contraposição ao Estado de Direito e, acima de tudo, às leis, a ponto de ser legitimamente segregado dos demais cidadãos pelo risco que representa à sociedade (“inimigo”). Logo, se ele não conduz sua vida conforme os padrões dos demais cidadãos, necessariamente não faz jus à aplicação dos mesmos direitos, tornando-se possível a flexibilização de garantias individuais, seja na perspectiva do direito individual seja do direito processual.

30. FUNÇÕES DA PENA, CLASSIFICAÇÕES E FORMAS DE COMINAÇÃO

Historicamente, são três as teorias de destaque no campo da teoria geral da pena:

- **teoria absoluta:** a finalidade da pena é retributiva.
- **teoria relativa:** a finalidade da pena é preventiva, dividindo-se em especial e geral.
- **teoria mista ou unificadora:** a finalidade da pena é retributiva e preventiva, além de (res) socializadora.

QUADRO ESQUEMATIZADO

- **Prevenção Especial → PLANO INDIVIDUAL DO INFRATOR**
- **Prevenção Especial Negativa → EVITAR**
- **Prevenção Especial Positiva → ESTABILIZAR, SOCIALIZAR**
- **Prevenção Geral → PLANO DA COLETIVIDADE**
- **Prevenção Geral Negativa → EVITAR**
- **Prevenção Geral Positiva → ASSEGURAR A VIGÊNCIA DA NORMA**

QUADRO ESQUEMATIZADO

- a) **teoria absoluta:** a finalidade da pena é **retributiva** → a pena é uma **retribuição ao autor pela prática de um crime, a ponto de não se preocupar com a ressocialização**.
- b) **teoria relativa:** a finalidade da pena é **preventiva**.
- c) **teoria mista ou unificadora:** a finalidade da pena é **retributiva, preventiva e (res)socializadora** → adotada no Brasil

30.1. Privativa de Liberdade

Como o próprio nome sugere, a pena privativa de liberdade priva ou retira do condenado seu direito de locomoção (direito de ir e vir), mediante prisão por tempo determinado.

Em regra, proíbe-se a pena de prisão perpétua no Direito brasileiro (art. 5, XLVII, “b”, CF). Nada obstante, entende-se ser possível sua aplicação pelo cometimento de crimes de extrema gravidade com alcance internacional (crimes de guerra, de genocídio, de agressão e contra a humanidade ou lesa-humanidade), no âmbito do Tribunal Penal Internacional, seguindo as diretrizes da Constituição brasileira de 1988 e do Estatuto de Roma.

Assim, a pena privativa de liberdade será cumprida por prazo determinado (temporário).

Nas infrações penais em geral, o tempo máximo de cumprimento de pena é de **30 anos**. Dispõe o artigo 75 do Código Penal: *“O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 anos.”*

Já às contravenções penais, dispõe o artigo 10 da Lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais): *“A duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a 5 anos, nem a importância das multas ultrapassar 50 contos de réis”*.

30.2. Restritiva de Direitos

A pena restritiva de direitos restringe ou limita um ou mais direitos do condenado, em substituição à pena privativa de liberdade. São chamadas de penas alternativas à prisão.

Dispõe o artigo 43 do CP que as penas restritivas de direitos são:

- prestação pecuniária;
- perda de bens e valores;
- prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;
- interdição temporária de direitos;
- limitação de fim de semana.

Nos termos do artigo 44 do mencionado *Codex*, as penas restritivas de direitos são **autônomas** e **substituem** as privativas de liberdade quando:

Inciso I)

A – aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa

Exemplo: suponha que o segundo crime praticado tenha sido um furto (art. 155, CP), cuja pena tenha sido de 3 anos de reclusão e multa. Esse crime não é cometido mediante violência ou grave ameaça, além de o acusado ostentar circunstâncias judiciais favoráveis.

B – ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

Inciso II) O réu não for reincidente em crime doloso

Inciso III) A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Ademais, dispõe o § 2º do artigo 44 do Código Penal:

A – Condenação <i>igual</i> ou <i>inferior</i> a 1 ano (condenação ≤ 1 ano):
<i>A substituição da pena privativa de liberdade pode ser feita por:</i>
– multa
– ou por uma pena restritiva de direitos

B – Condenação <i>superior</i> a 1 ano (condenação > 1 ano):
<i>A pena privativa de liberdade pode ser substituída por:</i>
– uma pena restritiva de direitos e multa
– ou por duas restritivas de direitos

Também é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de reincidência. Prevê o §3º do artigo 44 do Código Penal: “§ 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.”.

Exemplo: o agente praticou o crime 1 (exemplo: furto) e, depois, praticou o crime 2 (exemplo: receptação culposa). Nesse caso, é cabível a substituição, desde que recomendável, pois, embora seja o agente reincidente, os crimes foram diferentes e não houve violência.

Nada obstante, pode ser que a pena restritiva de direito já substituída seja convertida em pena privativa de liberdade, o que se denomina conversão. Dispõe o §4º do artigo 44 do Código Penal:

“§ 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 dias de detenção ou reclusão.”

Exemplo: o réu foi condenado à pena privativa de liberdade de 2 anos, tendo sido substituída por restritiva de direitos. Cumpre a pena alternativa à prisão por 1 (um) ano, embora incorra em descumprimento injustificado. Assim, haverá a conversão da restritiva de direitos em privativa de liberdade, devendo cumprir um ano (restante) da última (privativa de liberdade).

» **Observação: Art. 44, §5º (Superveniência de Condenação)**

Por fim, o §5º do artigo 44 do Código Penal trata da superveniência de condenação:

“§ 5º. Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixá-la de aplicar (a pena privativa de liberdade) se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (ou seja, a pena restritiva de direitos).”.

» **Atenção:**

Ressalta-se que, nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, seguindo a previsão expressa do artigo 17 da Lei n. 11.340/06 (“Lei da Maria da Penha”).

E, a teor da **Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça**: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.”.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor prevê certas espécies de penas restritivas de direitos a serem aplicadas nos crimes contra as relações de consumo. Dispõe artigo 78 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

“Art. 78. Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47 do Código Penal: I – a interdição temporária de direitos; II – a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação; III – a prestação de serviços à comunidade.”.

30.3. Pena de Multa

A pena de multa é aquela que incide sobre o patrimônio do condenado.

Nos termos do artigo 49 do Código Penal: “A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias multa. Será, no mínimo, de 10 e, no máximo, 360 dias multa”.

QUADRO ESQUEMATIZADO: PENAS ADOTADAS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

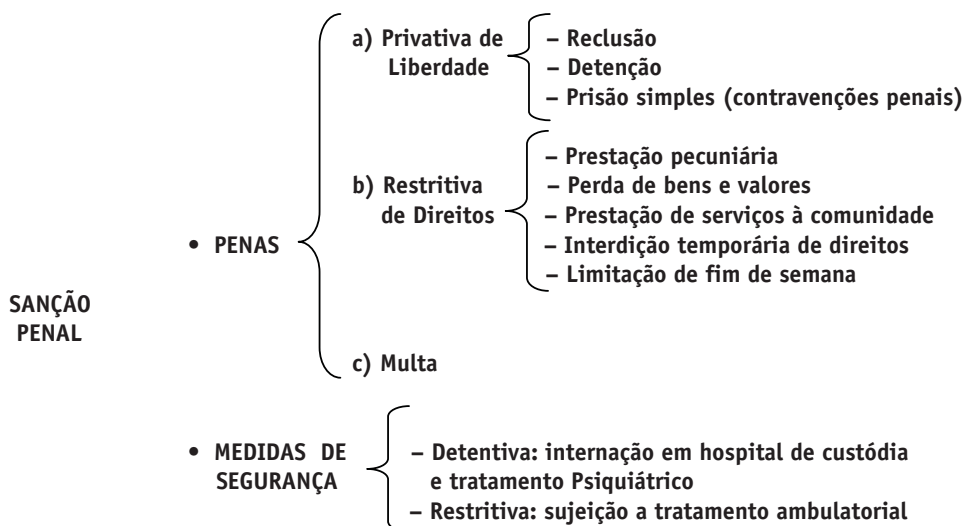
- **Liberdade** → pela pena **privativa de liberdade**

- **Patrimônio** → pela pena de **multa**

- **A vida** → excepcionalmente, pela pena de **morte (em caso de guerra declarada)**

- **Ou outro direito qualquer** → pelas penas **restritivas de direito**

QUADRO ESQUEMATIZADO: ESPÉCIES DE SANÇÃO PENAL



31. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

31.1. Reclusão

A pena privativa de liberdade se divide em reclusão, detenção e prisão simples.

A pena de reclusão é cumprida inicialmente nos regimes fechado, semiaberto e aberto. (art. 33, “caput”, 1ª parte, do Código Penal).

Os critérios para determinação do regime são os seguintes (art. 33, §2º, “a”, “b” e “c”, do CP):

a) Réu Reincidente:

O réu reincidente inicia o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, independentemente da quantidade de pena aplicada.

Exemplos:

1 – Réu Reincidente (art. 63 do Código Penal): Em 10/11/2008, José cometeu um crime de roubo (artigo 157 do Código Penal). Foi denunciado, processado e condenado, com sentença condenatória publicada em 18/10/2009.

A referida sentença transitou definitivamente em julgado no dia 15/05/2010. No dia seguinte, ainda sem ter sido preso em função daquela condenação, José cometeu novo delito, ou seja, um crime de furto, tendo sido condenado por tal conduta no dia 07/04/2012.

Assim, na sentença condenatória transitada em julgado por crime de furto, José deveria ser considerado reincidente, pois, ao tempo em que praticou o furto (16/05/2010), já havia sido condenado definitivamente pelo roubo, seguindo o disposto no artigo 63 do Código Penal.

2 – Réu Primário: Em 10/11/2008, José cometeu crime de roubo (artigo 157 do Código Penal). Foi denunciado, processado e condenado, com sentença condenatória publicada em 18/10/2009. A referida sentença transitou definitivamente em julgado no dia 29/08/2010. No dia 15/05/2010, José cometeu novo delito, ou seja, um crime de furto, tendo sido condenado por tal conduta no dia 07/04/2012.

Assim, na sentença condenatória transitada em julgado por crime de furto, José deveria ser considerado primário, pois, ao tempo em que praticou o furto (15/05/2010), ainda não tinha sido condenado definitivamente pelo roubo, seguindo o disposto no artigo 63 do Código Penal.

b) Réu Primário, cuja pena seja superior a 8 anos

O réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Neste caso, o Código Penal presume a incompatibilidade da pena privativa de liberdade superior a 8 anos com os regimes semiaberto e aberto, independentemente da gravidade do crime e das condições pessoais do condenado.

c) Réu Primário, cuja pena seja superior a 4 e não exceda a 8 anos

Nesse caso, a pena poderá ser cumprida, em princípio, no regime semiaberto.

d) Réu Primário, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos

Nessa situação, a pena poderá ser cumprida, em princípio, no regime aberto.

31.1.1. Possibilidade de regime inicial mais rigoroso ao réu primário

Há a possibilidade de determinação de regime inicial mais rigoroso ao réu primário, de modo que não se aplica aquele (regime) decorrente exclusivamente da quantidade de pena (alíneas “c” e “d”).

Essa viabilidade é trazida pelo artigo 33, § 3º, do CP: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios do art. 59 deste Código.”.

Neste caso, o magistrado não pode se ater, na fundamentação do regime mais severo, apenas à gravidade abstrata do crime, motivo pelo qual deve justificar detalhadamente sua escolha. A teor das **Súmulas 718 e 719 do STF**.

“718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”

“719. A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

31.1.2. Possibilidade de regime inicial aberto a reincidente

De acordo com parte da doutrina, é possível a fixação de regime inicial aberto a reincidente condenado à pena de reclusão igual ou inferior a 4 anos, contanto que a condenação anterior tenha constituído exclusivamente de pena de multa.

Neste caso, aplica-se, por analogia, o art. 77, § 1º, do Código Penal, que fundamenta a “*sursis*” processual (“A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício”). Quer dizer, se a condenação anterior à pena de multa não impede a “*sursis*”, “*a fortiori*” não pode impedir a fixação do regime inicial aberto.

Exemplo: suponha que o segundo crime praticado tenha sido um furto, cuja pena tenha sido de 3 anos de reclusão e multa.

31.2. Pena de Detenção

A pena de detenção apresenta as seguintes características:

- é prevista para crimes menos graves;
- somente pode ser cumprida nos regimes semiaberto e aberto;
- propicia a aplicação de regime de tratamento ambulatorial nos casos de medida de segurança (art. 97 do CP).

QUADRO ESQUEMATIZADO: RECLUSÃO X DETENÇÃO
Reclusão: deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto.
a) Fechado (trabalho obrigatório, pena intramuros)
b) Semiaberto (admite trabalho externo)
c) Aberto (prisão domiciliar ou casa de albergado, pena cumprida extramuros)

Detenção: deve ser cumprida em regime semiaberto ou aberto. Em regra, não comporta regime fechado, salvo em casos excepcionais de **regressão do regime** semiaberto para o fechado por falta grave durante o cumprimento de pena.

31.3. Critérios para Determinação de Regime

Conforme já salientado, a pena de detenção deve ser cumprida inicialmente nos regimes semiaberto e aberto. (art. 33, “*caput*”, “*in fine*”, do Código Penal). Logo, não se admite o início dessa pena privativa de liberdade em regime fechado, embora seja possível a regressão ao próprio regime fechado neste caso.

Os critérios para determinação do regime são os seguintes (art. 33, § 2º, “a”, “b” e “c”, do CP):

a) Réu Reincidente:

O réu reincidente inicia o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, independentemente da quantidade de pena aplicada.

b) Réu Primário, cuja pena seja superior a 4 anos

Nessa situação, deverá o réu iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto.

c) Réu Primário, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos

Nessa hipótese, a pena poderá ser cumprida, desde o começo, no regime aberto.

QUADRO ESQUEMATIZADO
→ Os regimes são fixados segundo o artigo 33, §2º do Código Penal = progressão e regressão de regimes
a) Pena $x > 8$ anos (o condenado à pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado);
b) Pena $4 < x \leq 8$ anos (o condenado não reincidente , cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) , poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto);
c) Pena $x \leq 4$ anos (o condenado não reincidente , cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos , poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto).

31.4. Prisão Simples

A prisão simples apresenta as seguintes características:

- destina-se unicamente às contravenções penais;
- é cumprida sem rigor penitenciário, ou seja, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum;
- é cumprida em regime semiaberto ou aberto;
- não há regime fechado em prisão simples, seja no início do cumprimento de pena seja por decorrência da regressão;
- o condenado deve sempre ficar separado dos condenados à pena de reclusão ou de detenção (art. 6º, “caput” e § 1º, do Decreto-lei n. 3.688, de 1941 – “Lei das Contravenções Penais”);
- nos casos em que a pena não suplanta a 15 dias, o trabalho é facultativo.

32. PROGRESSÃO DE REGIME

Aponta-se que, ao longo da história, a progressão de regimes é disciplinada por três sistemas clássicos:

- **Sistema da Filadélfia**
- **Sistema de Auburn**
- **Sistema Inglês ou Progressivo**

O Código Penal de 1940 e a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal) privilegiam o sistema inglês ou progressivo (exemplos: art. 33, §4º, do Código Penal e artigo 112 da Lei de Execução Penal), embora com singelas alterações, sobretudo no que diz respeito às regras de cumprimento dos regimes fechado, semiaberto e aberto. Ou seja, há regras específicas para a execução da pena e o desempenho das atividades em cada um dos regimes.

Salienta-se que o condenado inicia o cumprimento da pena preferencialmente dentro do presídio e, à medida que cumpre as atividades de cada um dos regimes, com vistas à ressocialização, mais se aproxima da concessão de benefícios e da liberdade.

- a) regime fechado:** o preso se submete a trabalho no período diurno, enquanto permanece em isolamento no período noturno.

Neste caso, o trabalho será realizado dentro do estabelecimento e determinado de acordo com as aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

Nos termos do art. 34, §§1º e 2º, do Código Penal:

“Regime fechado

Art. 34. *O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.*

§ 1º. *O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e isolamento durante o repouso noturno.*

§ 2º. *O trabalho será comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.*

§ 3º. *O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.”*

Salienta-se que a realização do exame criminológico é fundamentada com base na Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça: *“Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.”*

- b) regime semiaberto:** se cumpridos os requisitos legais, passa o condenado do regime fechado ao regime semiaberto, no que realizará trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 35, §1º). Também é possível o alojamento do condenado em compartimento coletivo (art. 92, “*caput*”, da LEP).

Nos termos do artigo 35 do Código Penal:

“Regime semiaberto Art. 35. *Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, “caput”, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.*

§1º. *O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.*

§2º. *O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.”.*

Por fim, dispõe o artigo 92 da Lei de Execução Penal: *“O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra ‘a’ do parágrafo único do art. 88 desta Lei.”*

c) regime aberto: novamente atendidos aos requisitos legais, será o condenado transferido do regime semiaberto para o aberto.

Neste caso, o regime aberto embasa-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, pois, fora do estabelecimento e sem vigilância, o próprio condenado deverá trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, a ponto de permanecer recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, “caput” e § 1º).

Nos moldes do artigo 36 do Código Penal:

“Regime aberto

Art. 36. *O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.*

§1º. *O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.*

§2º. *O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.”.*

32.2. Falta de Vagas no Regime Semiaberto

A falta de vagas em estabelecimento penal adequado, em especial nos regimes semiaberto e aberto, não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

E, segundo o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 2016, devem ser observados os **parâmetros** fixados no **Recurso Extraordinário n. 641.320/RS**, a saber:

- podem os juízes de execução penal avaliar os estabelecimentos prisionais que se destinam aos regimes semiaberto e aberto, a fim de que considerem os próprios estabelecimentos como adequados ou não para a fixação de tais regimes, de modo que serão aceitáveis aqueles que não sejam qualificados como “*colônia agrícola, industrial*” (regime semiaberto) ou “*casa de albergado ou estabelecimento adequado*” (regime semiaberto);
- em caso de falta de vagas, serão determinadas as seguintes medidas:

- saída antecipada do sentenciado no regime com falta de vagas;
- liberdade com monitoração eletrônica ao sentenciado que sair antecipadamente ou colocado em prisão domiciliar por falta de vagas;
- cumprimento de penas restritivas de direito, cumulada ou não com o estudo ao preso que cumpre pena em regime aberto.

E, até que seja providenciado o efetivo cumprimento das medidas acima propostas, poderá o sentenciado ser submetido à prisão domiciliar⁷.

32.3. Requisitos para progressão de regime

Para a progressão de regime, exigem-se cumulativamente requisitos objetivos e subjetivos, nos termos do artigo 112 da LEP:

a) Objetivo

É o cumprimento de, ao menos, um sexto da pena no regime anterior (para infrações penais comuns).

Nada obstante, discute-se se, após a primeira progressão, esse um sexto deve ser calculado com base no total da pena ou no restante da pena.

Apontam-se as seguintes correntes:

1ª corrente:

Para essa corrente, esse um sexto deve incidir sobre o restante da pena – mesmo com somatório das penas por diversas condenações, o que se denomina unificação das penas –, pois a pena então cumprida é considerada pena extinta.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido⁸.

Ressalta-se que essa corrente é a mais utilizada na prática forense, pois melhor favorece ao interesse do réu.

2ª corrente:

Para essa corrente, esse um sexto deve incidir sobre o total da pena para toda e qualquer progressão (até mesmo para o somatório das penas por condenações diferentes).

A teor da **Súmula 715 do STF**:

7. STF, Pleno, RE 641320/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgado em 11/5/2016.

8. STJ, Primeira Turma, RHC 89.031, RS. Rel. Ori. Min. Marco Aurélio. Rel. p. Acórdão Min. Carlos Britto. Julgado em: 28/11/2006, publicado no Informativo 450.

“A pena unificada para atender ao limite de 30 anos, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”.

1) infrações penais comuns:
– um sexto de cumprimento da pena (art. 112, “caput”, LEP);
2) crimes hediondos e assemelhados:
– rêu primário (em crime hediondo): dois quintos de cumprimento da pena (art. 2º, §2º, Lei n. 8.072)
– rêu reincidente: três quintos de cumprimento da pena (art. 2º, §2º, Lei n. 8.072)

b) Subjetivo

É o mérito do condenado, no sentido de, durante a execução, ostentar bom comportamento carcerário, nos termos do artigo 112, *caput*, da LEP.

Neste caso, deve ser reconhecida uma provável capacidade do condenado de se adaptar ao regime menos rigoroso. Logo, não deverá ser concedida a progressão se o réu não apresentar condições de se adaptar ao novo regime menos rigoroso – a despeito de o STJ já ter firmado o entendimento de que a ação penal em curso não pode ser considerada para afastar a progressão de regime⁹.

De se ver que a Lei n. 10.792/2003 alterou a redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal, exigindo que a prova do mérito seja feita pelo diretor do estabelecimento carcerário mediante atestado de boa conduta carcerária.

32.4. Polêmicas sobre o Atestado de Boa Conduta Carcerária

Entende-se que há um equívoco no artigo 112 da Lei de Execução Penal em confiar a prova do mérito da progressão de regime ao diretor do estabelecimento prisional, eis que, nos crimes de elevada gravidade, geralmente o atestado de boa conduta carcerária é insuficiente para demonstrar o preparo do executado para a progressão de regime.

Ademais, o §1º do artigo 112 não mais exige a realização de exame criminológico para a progressão de regime.

Nesse sentido, prevalece na jurisprudência que, diante das circunstâncias do caso concreto, pode o juiz, em decisão fundamentada, determinar a elaboração de exame criminológico para avaliação da progressão de regime.

9. STF, Primeira Turma, HC 99.141, SP. Rel. Min. Luiz Fux, Julgado em 29/03/2011, publicado no Informativo 621.

Também foi editada a Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça: *“Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão fundamentada”*.

32.5. O juiz da execução não ficará adstrito ao exame criminológico do outro juízo

A realização do exame criminológico por determinação judicial não vincula o juízo da Vara de Execução Penal, que pode decidir fundamentadamente ao contrário.

Extrai-se essa conclusão a partir da interpretação do artigo 182 do Código de Processo Penal, que trata das perícias em geral, no seguinte sentido: *“O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”*.

32.6. Progressão e Falta Grave

A prática de falta grave exclui o mérito da progressão de regime. Assim, a contagem do tempo de progressão de regime volta à estaca zero, cujo prazo se reinicia a partir da última falta grave, incidindo sobre o restante da pena – e não sobre o total da pena.

A teor da **Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça**: *“A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.”*

Nesse caso, o condenado precisa cumprir, no mínimo, mais 1/6 (um sexto) – para crime comum –, ou mais 2/5 (dois quintos) ou 3/5 (três quintos) da pena – para crime hediondo ou equiparado, se primário ou reincidente).

32.7. Progressão de regime em crimes contra a Administração Pública

Dispõe o artigo 33, § 4º, do Código Penal, que o condenado por crime contra a Administração Pública (que cumpre pena inicialmente em regime mais severo) terá a progressão de regime de cumprimento da pena condicionada:

- ao cumprimento da pena de um sexto;
- à reparação do dano que causou;
- ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Em 2014, decidiu o STF pela constitucionalidade do artigo 33, § 4º, do Código Penal, enfatizando que pode o valor da reparação ser parcelado e, em caso de seu descumprimento, haverá a regressão ao regime mais gravoso¹⁰.

10. . STF, EP 22 ProgReg-Ag, do DF. Rel. Min. Toberito Barroso. Julgado em 17/12/2014.

32.8. Crimes Hediondos e Assemelhados

A partir da nova previsão do §2º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, os requisitos objetivos (dois quintos e três quintos) somente se aplicam aos crimes hediondos e assemelhados praticados após a Lei n. 11.464/07, pois tais requisitos são mais prejudiciais ao réu – em relação ao um sexto também aplicado aos crimes hediondos e equiparados com base no artigo 112 da LEP (antes da Lei n. 11.464).

Logo, há o seguinte panorama:

a) crimes hediondos e equiparados praticados antes da Lei n. 11.464/07
Aplica-se o um sexto do artigo 112 da LEP
b) crimes hediondos e equiparados praticados a partir da Lei n. 11.464/07
Aplicam-se os requisitos de dois quintos (réu primário em crimes hediondos) e de três quintos (réu reincidente em crimes hediondos) previstos no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90.
Nesse sentido o entendimento firmado pelo STF ²⁰
Também o disposto na Súmula Vinculante 26 do STF e na Súmula 471 do STJ .

32.9. Prioridade de Tramitação dos Processos de Crimes Hediondos

A Lei n. 13.285/16 acrescentou o artigo 394-A ao Código de Processo Penal, dispondo o seguinte: *“Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias”*.

Na prática, o novo panorama legal é inócuo, pois em nada altera a dinâmica e a organização da atividade forense, pelos seguintes motivos:

- a lei não traz qualquer tipo de sanção diante de eventual descumprimento da ordem de tramitação;
- e a morosidade no julgamento dos casos não se soluciona com um mero dispositivo legal, mas com uma alteração mais profunda e minuciosa na estrutura judicial.

De todo caso, assevera-se que esse dispositivo legal se refere à prioridade de tramitação dos processos apenas dos crimes hediondos. Assim, discute-se se tal prioridade também seria aplicada aos crimes assemelhados aos hediondos.

Revela-se salutar a extensão dessa prioridade aos crimes equiparados, com fundamento na interpretação extensiva. Ademais, onde a lei diz o mais, também pode o menos (*“a maiori, ad minus”*).

33. REGRESSÃO

É a transferência do executado para regime mais severo daquele em que se encontra para cumprimento da pena.

Exemplo: transferência do regime semiaberto para o fechado.

É possível a regressão nas seguintes hipóteses:

- se o réu praticar fato definido como crime doloso ou falta grave (art. 118, I, LEP);
- se o réu sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 118, II, c.c. o art. 111, da LEP);
- se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta, caso em que será o condenado transferido do regime aberto.

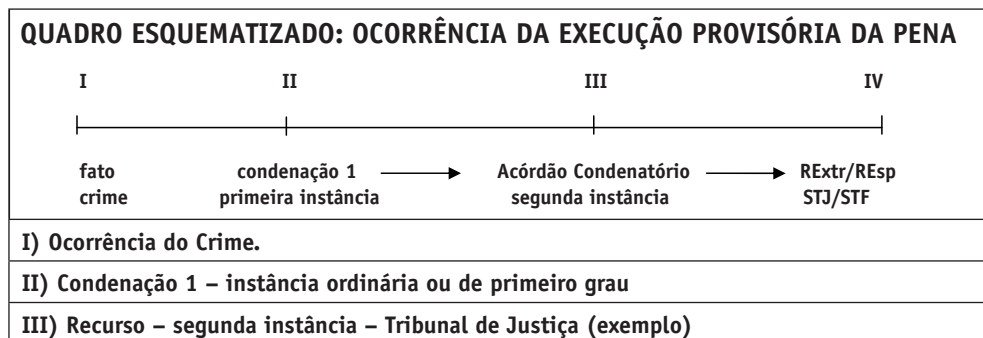
34. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A partir da condenação do réu pela instância ordinária ou pelo juízo natural, pode ser que ele seja preso provisoriamente (cautelaramente), aguardando o julgamento do recurso pelo tribunal superior competente.

Assim, a execução provisória da pena consiste na possibilidade de o condenado à pena privativa de liberdade, que se encontra preso cautelaramente ou em liberdade e já condenado pelo juízo natural, pleitear a progressão de regime e outros benefícios de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória proferida contra ele – e a partir do trânsito em julgado para a acusação em relação à pena que foi aplicada ao próprio condenado.

Atualmente, a regra é a execução imediata da pena. Nada obstante, é possível, em caráter excepcional, a execução provisória da pena nos seguintes casos:

- réu preso cautelaramente;
- e réu em liberdade, devido à nova roupagem constitucional do princípio do estado de inocência trazida pelo recente entendimento do Supremo Tribunal Federal.



→ Após o réu interpor recurso em segunda instância face à sentença condenatória de primeiro grau (exemplo: apelação), pode o TJ proferir um acórdão pela manutenção daquela sentença condenatória, oportunidade em que, em regra, **já será possível a execução provisória da pena**, com a incidência de todos os benefícios do cumprimento da própria pena, ainda que cabível a interposição de recursos perante o STF ou STF em via extraordinária (leia-se, recurso extraordinário ou recurso especial, respectivamente).

IV) Ainda cabem recursos perante o STF e o STJ, embora já esteja formado o juízo de culpa, não sendo mais possível a discussão de provas. Ademais, esses recursos comportam apenas efeito devolutivo, mas não efeito suspensivo.

• Réu solto: STF

Diante do acórdão de condenação (segundo grau), o réu solto pode ser preso, de modo que lhe serão concedidos os benefícios da execução → execução provisória.

• Réu preso (provisório)

Exemplo: suponha que a pena tenha sido fixada no prazo máximo previsto em lei e haja a interposição de recurso apenas da **defesa** perante o TJ – já que o Ministério Público está de acordo com a pena imposta ao réu. O TJ mantém a condenação de primeiro grau, tornando-se viável a execução provisória da pena, com a incidência de todos os benefícios de cumprimento da pena.

Por exemplo, se o agente (preso provisório) for condenado a 6 anos em regime fechado pela prática de uma infração penal comum, poderá progredir de regime após 1 ano (1/6 da pena), ainda que sem condenação definitiva.

Ressalta-se que, ao manter a condenação de primeiro grau, o TJ não pode agravar a condenação, pela proibição de *reformatio in pejus*.

35. AUTORIZAÇÕES DE SAÍDA

A Lei n. 7.210/84 trata da execução das penas privativas de liberdade e, ao mesmo tempo, das autorizações de saída do estabelecimento prisional. Essas autorizações são benefícios aplicáveis ao condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto, dividindo-se em:

- **permissão de saída**, com fundamento na dignidade humana;
- e **saída temporária**, que se destina à reinserção social do condenado.

36. TRABALHO DO PRESO, DEVERES E FALTA GRAVE

36.1. Deveres do Preso

Além das obrigações legais inerentes ao seu estado, cumpre ao condenado submeter-se às normas de execução da pena (art. 38 da LEP).

Nos termos o artigo 39 da LEP, constituem deveres do condenado:

- I** – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II** – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III** – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV** – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V** – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI** – submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII** – indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII** – indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX** – higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X** – conservação dos objetos de uso pessoal.

Aplica-se ao preso provisório, no que couber, os deveres dos presos previstos no artigo 38 da LEP (art. 38, parágrafo único, LEP).

36.2. Direitos do Preso

Impõe-se a todas as autoridades o respeito às integridades física e moral dos condenados e dos presos provisórios (art. 40 da LEP).

Constituem direitos do preso (art. 41):

- I** – alimentação suficiente e vestuário;
- II** – atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III** – Previdência Social;
- IV** – constituição de pecúlio;
- V** – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI** – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII** – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII** – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX** – entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X** – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI** – chamamento nominal;
- XII** – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII** – audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV** – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV** – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
- XVI** – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (art. 40, parágrafo único, da LEP).

36.3. Trabalho do Preso

O trabalho do preso apresenta as seguintes características:

a) Trabalho remunerado

O trabalho do preso é sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

Dispõe o artigo 39 do Código Penal:

“O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.”

b) Finalidade educativa e pedagógica

O trabalho do preso tem finalidades educativa e pedagógica.

Nos termos do artigo 28 da LEP:

“O trabalho do preso tem finalidade educativa”.

É uma das principais formas de ressocialização do condenado, pois o retira do ócio, a ponto de estimulá-lo a se reinserir socialmente por meio de atividade honesta.

c) Trabalho obrigatório

O trabalho do preso é obrigatório, pois é uma condição de cumprimento da pena, caracterizando-se pela humanidade e reinserção social, a ponto de beneficiar o próprio condenado.

A negativa injustificada do trabalho gera as seguintes consequências:

- caracteriza falta grave;
- impossibilita a progressão de regime;
- impossibilita a concessão de livramento condicional.

36.3.1. Trabalho Obrigatório x Trabalho Forçado

O trabalho obrigatório não se confunde com o trabalho forçado.

O trabalho forçado é imposto contra a vontade do preso, na forma de castigos físicos e sem ser remunerado, caracterizando-se pela crueldade, motivo pelo qual

é proibido no Direito Penal brasileiro, em homenagem ao princípio da humanidade (art. 5º, inciso XLVII, “e”, da Constituição Federal).

36.4. Falta Grave

Nos termos do artigo 49 da LEP, as faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada (art. 49, parágrafo único, da LEP).

E, nos moldes do artigo 50 da LEP, comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

- I** – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
- II** – fugir;
- III** – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
- IV** – provocar acidente de trabalho;
- V** – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
- VI** – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
- VII** – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

É bem de ver que o disposto nesse artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório (art. 50, parágrafo único, LEP).

36.5. Uso de Aparelho de Celular nos Presídios

Atualmente, o uso de aparelho de telefone celular no interior dos presídios acarreta ao preso apenas **falta grave**, pois, nos termos do artigo 50, VII, da LEP, *“comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.”*

Por outro lado, são criminalizadas as seguintes condutas:

- a) deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, configurando o **crime de prevaricação imprópria ou especial** (artigo 319-A do Código Penal);

- b) ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional (artigo 349-A, do Código Penal).

De se ver que ambas as infrações penais são de menor potencial ofensivo, sendo de competência dos Juizados Especiais Criminais.

36.6. Crime Doloso e Falta Grave

Nos termos do artigo 52 da LEP, a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e sujeita o preso, ou condenado, à sanção disciplinar, sem prejuízo da sanção penal.

» **Atenção:**

A teor da **Súmula 535 do Superior Tribunal de Justiça**, a prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação da pena ou indulto.

36.7. Sanções Disciplinares

Constituem sanções disciplinares (art. 53 LEP):

I – advertência verbal;

II – repreensão;

III – suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV – isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V – inclusão no regime disciplinar diferenciado.

As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento.

Já a do inciso V (regime disciplinar diferenciado), por prévio e fundamentado despacho do juiz competente (art. 54).

37. REMIÇÃO

A remição é um benefício concedido ao preso, de competência do juízo da execução.

Consiste no abatimento de certo tempo da pena privativa de liberdade imposta em sentença penal condenatória, em decorrência do trabalho ou estudo e, de forma mais recente, pela leitura realizada pelo condenado.

A remição encontra a seguinte previsão legal:

- artigos 126 e seguintes da Lei n. 7.210/84: tratam das remissões por tempo de trabalho e de estudo.
- Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça: trata da remissão por leitura.

Em linhas gerais, divide-se em remissão por trabalho, por estudo e por leitura.

38. DETRAÇÃO

A detração (art. 42, CP) é o desconto do tempo de prisão provisória ou de interdição já cumprido na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, com a finalidade de evitar o *“bis in idem”*.

Exemplo: “A” praticou um crime de estupro, permanecendo preso em flagrante por 1 (um) ano até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que lhe atribuiu a pena de 6 (seis) anos. Assim, “A” terá que cumprir mais 5 (cinco) anos de pena, com fundamento no artigo 42 do Código Penal.

39. DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A **aplicação da pena**, também chamada de **dosimetria da pena**, é uma atividade exclusivamente judicial que se opera na sentença, seguindo os requisitos legais e todas as etapas do devido processo legal, a ponto de imputar ao réu a autoria ou participação da infração penal.

Ademais, é um **ato discricionário juridicamente vinculado**, pois o juiz está adstrito aos parâmetros previstos em lei, atentando-se às singularidades do caso concreto e à culpabilidade individual do infrator, com fundamento nos princípios da legalidade e da individualização da pena.

Reconhece-se, nada obstante, que há certa margem para a concepção de vida do julgador na análise de cada caso, sobretudo no que diz respeito às circunstâncias pelas quais cada infração penal é praticada.

No que tange ao cálculo da **pena privativa de liberdade**, segue-se o **critério trifásico** de Hungria. Conforme o item 51 da Exposição de Motivos do Código Penal, justifica-se esse critério por permitir o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria, propiciando a plenitude da garantia constitucional da ampla defesa.

Nesse sentido, o artigo 68, *“caput”*, do Código Penal consagra expressamente o critério trifásico, composto por três fases distintas e sucessivas, sob o fundamento de que a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 do Código Penal. Em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e de aumento.

E, com a reforma da Parte Geral de 1984, o Código Penal privilegia o critério bifásico para o cálculo da pena de multa, pois, na primeira fase, fixa-se o número de dias-multa e, em seguida, o valor de cada dia multa.

O artigo 49 do Código Penal prevê um sistema próprio de cálculo da pena de multa, ou seja, essa pena consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa.

» **Atenção:**

Para a dosimetria da pena privativa de liberdade, o Código Penal privilegia o **sistema trifásico**, que se apresenta da seguinte forma:

- **1ª Fase:** fixação da pena-base
- **2ª Fase:** circunstâncias agravantes e atenuantes
- **3ª Fase:** causas de aumento e de diminuição

Por outro lado, consagra-se o **sistema bifásico** para o cálculo da **pena de multa**, com a seguinte ressalva: na primeira fase, adota-se o **critério trifásico** para o cálculo da quantidade de dias-multa, seguindo a regra do artigo 68 do Código Penal.

41. CRITÉRIO TRIFÁSICO

Compõe-se o **sistema** ou **critério trifásico** das seguintes fases:

- **1ª Fase:** fixação da pena-base, com base nas circunstâncias judiciais
- **2ª Fase:** circunstâncias agravantes e atenuantes
- **3ª Fase:** causas de aumento e de diminuição

Com fulcro no artigo 387 do Código de Processo Penal, cada etapa de aplicação da pena deve ser **fundamentada**, com a finalidade de atender a dois princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, a saber, a individualização da pena e a ampla defesa.

Salienta-se que a **falta de motivação judicial** pode gerar:

- a **nulidade da sentença**, pois, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição, *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”*;
- ou a **redução da pena** ao mínimo previsto em lei pela instância de segundo grau ou extraordinária.

Prevalece que, para aplicação da pena no mínimo legal, **não é necessária a motivação**, eis que não há qualquer prejuízo ao réu nesse caso.

41.1. Regras Gerais

- 1 – aplicação da pena a partir do critério trifásico;
- 2 – fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda;
- 3 – análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;
- 4 – se não for cabível a substituição pela pena alternativa à prisão, analisa-se a possibilidade de concessão da suspensão condicional da pena privativa de liberdade (“*sursis*”), caso a própria pena seja igual ou inferior a 2 anos e desde que preenchidos os requisitos legais;
- 5 – após a aplicação da sanção penal e, ainda, se inviável a substituição da pena (privativa de liberdade por restritiva de direitos) e a suspensão condicional da pena (privativa de liberdade), decidirá o juiz se é caso de decretação da **prisão preventiva** ou de **medida cautelar diversa da prisão provisória**, além da possibilidade de reconhecer o **direito de recorrer** do réu (por **apelação**), com fundamento no artigo 387, §1º, do Código de Processo Penal.

41.2. Fixação da Pena nas Fases do Sistema Trifásico

Em cada etapa ou fase de aplicação da pena, compete ao juiz seguir certas regras, a saber:

a) 1ª Fase: Fixação da Pena-Base

Nessa etapa, o julgador tomará em consideração os limites mínimo e máximo da pena cominada abstratamente no respectivo tipo penal (crime ou contravenção penal), não podendo transcender ao patamar mínimo ou máximo, em respeito ao princípio da legalidade.

» Atenção: Pena-Base Definitiva

Em caso de ausência de agravantes e atenuantes genéricas e, ao mesmo tempo, de causas de aumento e de diminuição, a pena-base será definitiva.

b) 2ª Fase: Agravantes ou Atenuantes Genéricas

A partir do cálculo obtido na pena-base, o juiz levará em conta as agravantes ou atenuantes genéricas, de modo que a pena concreta **não poderá** ser:

- **agravada** acima do limite máximo da pena abstratamente cominada na infração penal;
- **reduzida** abaixo do limite mínimo da pena abstratamente cominada na infração penal.

c) 3ª Fase: Causas de Aumento e de Diminuição

As causas de aumento e de diminuição da pena não são calculadas a partir da pena-base, mas do resultado obtido na segunda fase da dosimetria, ou seja, da pena intermediária.

Tomando em conta essas causas, poderá o juiz fixar a pena concreta da seguinte forma:

- **aumentar** acima do limite máximo da pena abstratamente cominada na infração penal;
- **reduzir** aquém do limite mínimo da pena abstratamente cominada na infração penal.

41.3. Circunstâncias Judiciais do artigo 59 do Código Penal

• personalidade
• antecedentes
• conduta social
• motivos
• circunstâncias
• consequências do crime
• comportamento da vítima

41.4. Conjunto dos Critérios Judiciais para a Fixação da Pena-Base

Entende-se que é vago ou quiçá dificultoso estabelecer um padrão de quantidade para cada um dos critérios que compõem as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Corroborando do entendimento de Nucci, deve ser tomada em consideração, ainda que referente à agravante, a previsão do artigo 67 do Código Penal, a ponto de preponderar a **reincidência**, os **motivos do crime** e a **personalidade**.

Nucci atribui os seguintes pesos para cada um desses critérios (leia-se, reincidência, motivos do crime e personalidade), após o que, residualmente, passa a fixar o peso para as demais circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal:

• personalidade: peso 2
• motivos do crime: peso 2
• antecedentes: peso 2
• conduta social: peso 1

• circunstâncias: peso 1
• consequências: peso 1
• comportamento da vítima: peso 1

Todos esses critérios, uma vez somados, resultam no total de 10.

41.5. Segunda Fase do Sistema Trifásico

A **segunda fase** de dosimetria da pena tem a finalidade de encontrar uma pena intermediária, ou seja, é o cálculo da pena-base com a incidência de circunstâncias **agravantes** (arts 61 e 62, CP) e **atenuantes** (arts. 65 e 66, CP).

As circunstâncias agravantes e atenuantes encontram previsão na Parte Geral do Código Penal, razão pela qual são chamadas de **genéricas**. São circunstâncias de natureza objetiva ou subjetiva que não compõem o tipo penal, mas que guardam relação com o crime, motivo pelo qual são levadas em consideração no momento de aplicação da pena.

Assim como na primeira fase de dosimetria da pena, não prevê o Código Penal qualquer quantidade de aumento ou de diminuição da pena relativas às agravantes ou atenuantes, deixando ao pleno arbítrio do magistrado fixar o “*quantum*” em decisão motivada.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal n. 470/MG (“*Caso do Mensalão*”), firmou o entendimento de que as agravantes e atenuantes apresentam as seguintes quantidades:

Agravante: vale um 1/6 (um sexto)
Atenuante: vale um 1/6 (um sexto)

Nesse sentido, entendem a doutrina e a jurisprudência que o juiz fica vinculado aos limites mínimo e máximo abstratamente cominados na pena do crime, não podendo excedê-los. A teor da **Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça**: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

41.5.1. Agravantes

O artigo 61 do Código Penal traz **rol taxativo** de circunstâncias agravantes, de modo que não pode ser ampliado, nem sequer por analogia.

41.5.1.1. Reincidência

Nos termos do artigo 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Da mesma forma, dispõe o artigo 7º da Lei das Contravenções Penais: *“Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção”*.

Exemplo: em 2000, “A” foi condenado por um crime de roubo praticado no Brasil (art. 157, “caput”, CP), à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, havendo o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em 2005, “A” cumpriu integralmente a pena, embora tenha cometido um novo crime em 2006. Na sentença do novo crime (após 2006), “A” será considerado reincidente.

Contudo, não se aperfeiçoará a reincidência, por ausência de previsão legal, se antes envolver a prática de uma **contravenção penal** e, depois, o cometimento de um **crime**.

E, sob o ângulo do Direito Penal brasileiro, adota-se o **sistema da temporariedade da reincidência**, consubstanciado no **período depurador**.

Dispõe o artigo 64 do Código Penal que, para efeito de reincidência:

I – **não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos**, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

41.5.2. Atenuantes

As **atenuantes genéricas** são previstas em **rol exemplificativo** (“*numerus apertus*”) na Parte Geral do Código Penal (arts. 65 e 66), cujo **abrandamento da pena concreta** deve ser determinado dentro do **limite mínimo abstratamente cominado no tipo penal**, incidindo na **segunda fase** da dosimetria da pena.

A lei **não prevê um percentual** de abrandamento da pena para as atenuantes genéricas, embora, segundo os entendimentos da doutrina e da jurisprudência, tome-se em consideração o valor de até 1/6 (um sexto).

Por fim, dispõe o artigo 66 do Código Penal que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei, o que doutrinariamente se denomina **circunstância atenuante inominada, a exemplo da coculpabilidade**.

42. PENAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

As penas restritivas de direitos e a pena de multa são alternativas à prisão. Despontam como institutos do Direito Penal moderno, com a finalidade de evitar o encarceramento, em homenagem ao princípio da humanidade das penas.

42.1. Penas Restritivas de Direito

As penas restritivas de direito têm as seguintes características:

1 – são **substitutivas**, pois têm a finalidade de afastar a aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração;

2 – são **autônomas**, eis que têm características e formas de execução próprias;

3 – para a substituição, devem ser analisados os **elementos** objetivos e subjetivos.

Nos termos do artigo 44 do Código Penal, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade nas seguintes hipóteses:

a) Crime Culposo

Dispõe o artigo 44, inciso I, parte final, do Código Penal, que caberá a substituição da privação da liberdade pela pena restritiva de direito quando, qualquer que seja a pena aplicada, seja o **crime culposo**.

b) Crime Doloso

Dispõe o artigo 44, inciso I, parte final, do Código Penal que caberá a substituição da privação da liberdade pela pena restritiva de direito desde que presentes os seguintes critérios de ordem **objetiva**:

- aplicada pena privativa de liberdade **não superior a 4 anos**;
- e o crime não for cometido com **violência ou grave ameaça à pessoa**.

42.1.2. Reincidência

É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de reincidência, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável, bem como o condenado não seja reincidente específico, com fundamento no **princípio da suficiência da pena alternativa**.

Reza o §3º do artigo 44 do Código Penal:

“§ 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.”.

42.1.3. Regras de Substituição

Afora os casos então analisados, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nas hipóteses do artigo 44, §2º, do Código Penal, independentemente de o crime ser punido com reclusão ou detenção, doloso ou culposos.

Passa-se à análise de cada uma das hipóteses do aludido artigo.

Condenação igual ou inferior a 1 ano

A substituição da pena privativa de liberdade pode ser feita por:

- | |
|--|
| • multa |
| • ou por uma pena restritiva de direitos |

Exemplo:

“A” foi condenado pela prática de um furto simples (art. 155, “caput”, do Código Penal), à pena reclusiva igual a 01 (um) ano, acrescida de multa (10 dias-multa, sendo a unidade no valor unitário legal).

Considerando que todas as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, não se tratando de réu reincidente em crime doloso, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por uma multa ou por uma pena restritiva de direitos, tendo em vista especialmente o disposto no artigo 44 do Código Penal (trata das penas restritivas de direitos, hipóteses de substituição e conversão).

Condenação superior a 1 ano

A pena privativa de liberdade pode ser substituída por:

- | |
|---|
| • uma pena restritiva de direitos e multa |
| • ou por duas restritivas de direitos |

Exemplo:

“A” foi condenado pela prática de um furto simples (artigo 155, “caput”, do Código Penal), à pena reclusiva superior a 01 (um) ano, acrescida de multa. Considerando que todas as circunstâncias judiciais foram favoráveis, não se tratando, também, de réu reincidente em crime doloso, a pena privativa de liberdade, nesse caso, tendo em vista especialmente o disposto no artigo 44 do Código Penal (trata das penas restritivas de direitos; hipóteses de substituição e conversão), poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

» Atenção:

Em ambos os casos do §2º do artigo 44, a pena de multa é chamada de **vicariante** ou **substitutiva**, pois surge pela substituição da pena privativa de liberdade.

Vale lembrar que, em se tratando de **prestação de serviços à comunidade**, tal modalidade de pena restritiva de direitos somente poderá ser aplicada em substituição à pena privativa de liberdade que seja superior a 6 (seis) meses (art. 46, CP).

42.1.4. *Espécies*

Nos termos do artigo 43 do Código Penal, as penas restritivas de direitos são:

- **prestação pecuniária;**
- **perda de bens e valores;**
- **prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;**
- **interdição temporária de direitos;**
- **limitação de fim de semana.**

42.1.5. *Tráfico de Drogas Privilegiado*

No caso do crime de **tráfico privilegiado**, previa a redação original do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Entorpecentes) que, nos delitos definidos no “*caput*” (**tráfico de drogas**) e no §1º (**figura equiparada ao tráfico de drogas**) do mesmo artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Assim, proibia-se expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base no artigo 44, §2º, do Código Penal.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, nada obstante, que essa previsão afronta ao princípio da individualização da pena, de modo que é inconstitucional. Logo, é possível que, em se tratando de tráfico privilegiado, haja a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se presentes as seguintes condições: **(i)** o réu não for reincidente; e **(ii)** a pena base for fixada no mínimo legal, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do sentenciado (art. 59, CP)¹¹.

42.2. **Pena de Multa**

A pena de multa é uma espécie de sanção penal patrimonial, ou seja, uma obrigação de pagar quantia certa em dinheiro, imposta em sentença, que incide sobre o patrimônio do condenado, devendo ser recolhida ao fundo penitenciário.

O sistema de aplicação da pena de multa é o **bifásico**, embasado na capacidade econômica do sentenciado:

a) 1ª Fase

11. STF, 1ª Turma, HC 129714/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgado em 11/10/2016, publicado no Informativo 843.

Na primeira fase, calcula-se a **quantidade de dias-multa**, que será de 10 (dez) a 360 (trezentos e sessenta) dias, consoante o disposto no artigo 49 do Código Penal.

Deve o juiz, nessa etapa, aplicar o critério trifásico para fixar a quantidade de dias-multa, seguindo a regra do artigo 68 do Código Penal. Ou seja, tomam-se em conta as circunstâncias judiciais do acusado (art. 49, “*caput*”, CP), sendo que, em seguida, serão consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e de diminuição da pena.

b) 2ª Fase

Na segunda fase, calcula-se o **valor unitário dos dias-multa**, que pode variar de 1/30 (um trigésimo) até 5 (cinco) vezes o maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, corrigido monetariamente. O critério para tal fixação é a **capacidade econômica do réu** (art. 49, §1º, CP).

Contudo, pode a multa ser aumentada até o **triplo**, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo, podendo fixá-la, no máximo, no valor de 5.400 salários-mínimos (art. 60, §1º CP).

c) Multiplicação

Com a fixação da **quantidade de dias-multa (primeira fase)** e do **valor unitário de dias-multa (segunda fase)**, deverá o juiz multiplicá-los para a definição da sanção pecuniária.

Exemplo:

20 dias-multa (quantidade de dias-multa) x 1 salário mínimo mensal (valor unitário) = 20 salários mínimos

Pena de Multa: Critério Bifásico
1ª FASE: Quantidade de dias-multa (10 a 360 dias-multa)
↓
Sistema Trifásico: 1ª Fase ⇒ Circunstâncias Judiciais (Art. 59, CP)
2ª Fase ⇒ Agravantes e Atenuantes
3ª Fase ⇒ Causas de Aumento e de Diminuição
2º FASE: Valor de cada dia-multa (1/30 até 5 vezes o maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato)
↓
Esse valor pode ser triplicado (Art. 60, §1º, CP)

43. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

A **suspensão condicional da pena**, também conhecida como “*sursis*” da pena, consiste na suspensão, por certo tempo previsto em lei, da execução da pena privativa de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples) de curta duração, despontando como um benefício a ser concedido ao condenado se preenchidos os requisitos legais.

Deve ser concedido, fundamentadamente, na sentença ou em acórdão. O juízo da execução penal não tem o condão de concedê-lo, pois o próprio “*sursis*” é instituto que deve ser analisado durante o trâmite da ação penal, especificamente na fase de decisão judicial.

Apontam-se três tipos de suspensão condicional da pena: **(i)** simples; **(ii)** especial; e **(iii)** etário.

a) “*Sursis*” Simples

O “*sursis*” simples consiste na suspensão da pena privativa de liberdade, no que o condenado passa a executar a pena restritiva de direitos pelo período de 1 (um) ano, consistente na prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana, seguindo o disposto no §1º do artigo 77 do Código Penal.

b) “*Sursis*” Especial

O “*sursis*” especial consiste na suspensão da execução da pena privativa de liberdade mediante o atendimento cumulativo das condições estabelecidas no §2º do artigo 77 do Código Penal:

- proibição de o condenado frequentar determinados lugares;
- proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- comparecimento pessoal a obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

c) “*Sursis*” Etário

O “*sursis*” etário consiste na suspensão, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, da execução da pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, desde que o condenado tenha as seguintes condições:

- seja maior de 70 (setenta) anos;
- ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

44. LIVRAMENTO CONDICIONAL

O livramento condicional é um dos **mais importantes benefícios** de política criminal da contemporaneidade, eis que necessário para o alcance dos fins do Direito Penal, sobretudo para a ressocialização.

Dessa forma, é um benefício que **antecipa** a liberdade do condenado à pena privativa de liberdade **igual ou superior a 2 (dois) anos**, contanto que cumprida uma parte da própria pena e observados os requisitos legais.

Prevalece que o livramento condicional é um **benefício** e, ao mesmo tempo, um **direito subjetivo**, pois deve ser concedido ao condenado se preenchidos os requisitos legais. A concessão do livramento condicional depende do preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos.

Os **requisitos objetivos** são os seguintes:

- espécie da pena;
- quantidade da pena;
- parcela da pena já cumprida;
- reparação do dano.

Salienta-se que a concessão do livramento condicional depende do cumprimento de certo período da pena privativa de liberdade **igual ou superior a 2 (dois) anos**, que varia conforme a natureza do crime e as condições do próprio condenado, conforme será analisado a seguir.

a) Livramento Condicional Simples

Para a concessão do livramento condicional simples, exige-se o cumprimento de **mais de 1/3 (um terço)** da pena, nas seguintes condições (artigo 83, inciso I, CP):

- se o condenado **não for reincidente em crime doloso**;
- e tiver bons antecedentes.

b) Livramento Condicional Qualificado

Para a concessão do livramento condicional qualificado, exige-se o cumprimento de **mais da metade** da pena, desde que o condenado seja **reincidente em crime doloso** (art. 83, inciso II, CP).

c) Livramento Condicional Específico

Para a concessão do livramento condicional específico, exige-se o cumprimento de **mais de 2/3 (dois terços)** da pena pela condenação decorrente de **crime hediondo ou equiparado**, além do tráfico de pessoas nacional e internacional, desde que o sentenciado **não seja reincidente específico** em crime dessa natureza (art. 83, inciso V, CP).

SÚMULAS

a) Súmula 441 do STJ

"A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional".

b) Súmula 715 do STF

*"A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o **livramento condicional** ou **regime mais favorável de execução**."*

45. REABILITAÇÃO

A **reabilitação** é uma **declaração judicial** de que as penas aplicadas ao condenado foram cumpridas ou extintas, possibilitando sua reinserção social e o restabelecimento da situação anterior à condenação ("*status quo ante*"), com a finalidade de:

- assegurar o **sigilo** dos registros sobre seu processo e condenação (antecedentes criminais), seguindo o disposto no artigo 93 do Código Penal;
- e, nos termos do artigo 93, parágrafo único, do Código Penal, suspender condicionalmente certos efeitos secundários extrapenais e específicos da condenação, previstos no artigo 92 do mesmo diploma.

Cuida-se de medida de política criminal que assegura o sigilo dos antecedentes criminais do condenado e, ao mesmo tempo, causa de suspensão condicional de certos efeitos secundários extrapenais e específicos da condenação, previstos no artigo 92 do Código Penal.

46. MEDIDAS DE SEGURANÇA

A medida de segurança é uma modalidade de sanção penal, de caráter preventivo ou terapêutico, com a finalidade de prevenir a prática de futuras infrações penais por parte de inimputáveis e semi-imputáveis dotados de periculosidade.

Com a Reforma da Parte Geral do Código Penal trazida pela Lei n. 7.209/84, o Direito Penal passou a consagrar o **sistema vicariante ou unitário**, sob o fundamento de que deve ser aplicada tão somente a medida de segurança ou, por outro lado, a pena privativa de liberdade, reduzida de um a dois terços.

Dispõe o artigo 98 do Código Penal que, no caso do artigo 26 e necessitando o condenado de especial tratamento, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos.

Nesse contexto, os requisitos de aplicação da medida de segurança são:

- a prática de um fato típico e ilícito;
- a comprovação da periculosidade do sujeito ativo;
- a não ocorrência de qualquer causa de extinção da punibilidade

46.1. Pena e Medida de Segurança

a) Semelhanças

A principal semelhança entre a pena e a medida de segurança diz respeito ao objetivo, pois ambas visam à proteção de bens jurídicos relevantes à luz do Direito Penal, tanto aos imputáveis como aos inimputáveis.

Ademais, essas espécies de sanção penal implicam no distanciamento do sentenciado da sociedade, no que o encarceramento e a internação se equiparam.

Por fim, tanto a pena como a medida de segurança reforçam a prevenção geral da sanção penal. A própria medida de segurança reforça a existência da norma penal à sociedade.

Em que pesem essas semelhanças, a medida de segurança não se confunde com a pena. **b) Diferenças**

Medida de segurança:
A medida de segurança apresenta as seguintes características:
• É medida de caráter preventivo ou terapêutico (prevenção especial); • Destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis dotados de periculosidade, eis que necessitam de tratamento curativo; • O agente não entende o caráter ilícito do fato praticado, a ponto de não ter a capacidade de valorar a natureza delituosa de sua conduta, ou seja, não tem plena liberdade em sua consciência e vontade; • Tem a periculosidade como pressuposto de aplicação, de modo que a medida de segurança refere-se apenas à personalidade do sujeito ativo, analisando a doença mental ou deficiência mental no momento da prática do fato típico e ilícito; • O prazo mínimo de internação é de 1 a 3 anos, enquanto que o prazo máximo de duração da medida é indeterminado, prevalecendo enquanto perdurar a periculosidade do agente – a despeito das dissensões doutrinárias e jurisprudenciais.
Pena:
A pena apresenta as seguintes características:
• É medida de caráter retributivo-preventivo, envolvendo a prevenção geral e especial; • Destina-se aos imputáveis e semi-imputáveis sem periculosidade, eis que não necessitam de tratamento curativo; • O agente entende o caráter ilícito do fato, a ponto de valorar sua conduta tida como delituosa; • Tem a culpabilidade como pressuposto de aplicação, de modo que a própria pena expressa a ideia de proporcionalidade; • Tem prazo determinado de duração, que é de 30 anos para a pena privativa de liberdade (reclusão e detenção).

47. AÇÃO PENAL

A ação penal é o direito de o ofendido ou seu representante legal, nos casos em que admitido em lei, provocar o Poder Judiciário, submetendo ao seu conhecimento a ocorrência de uma infração penal, a fim de que seja aplicado o Direito Penal objetivo, ou seja, torne-se viável a incidência das leis penais pelo exercício do direito de punir (“*ius puniendi*”).

Apresenta as seguintes classificações, conforme seu titular:

Ação Penal Pública	Ação Penal Privada
Incondicionada	Exclusiva ou propriamente dita
Condicionada	Personalíssima
	Subsidiária da pública

47.1. Condições da Ação

A fim de que o magistrado julgue o mérito da pretensão, o direito de ação deve preencher certas condições, denominadas “condições da ação”:

- **possibilidade jurídica do pedido;**
- **interesse de agir;**
- **legitimidade das partes para agir.**

O **interesse de agir** revela a presença da **justa causa** da ação penal, é dizer, um suporte mínimo probatório, embasado em sólidos indícios de autoria e prova da materialidade, que autoriza a deflagração da própria ação penal.

Nada obstante, a denúncia ou queixa será rejeitada quando (art. 395, CPP):

I – for manifestamente inepta;
II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;
III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

» Atenção: Trancamento da Ação Penal

Caso seja instaurada a ação penal sem a existência de justa causa, configura-se coação ilegal, impondo-se o **trancamento da ação penal** por via de “*Habeas corpus*”.

47.2. Princípios da Ação Penal (de Iniciativa) Pública

• Obrigatoriedade (Legalidade)
• Indisponibilidade

• Oficialidade
• Intranscendência
• Divisibilidade

47.3. Princípios da Ação Penal (de Iniciativa) Privada

- **Oportunidade**
- **Disponibilidade**
- **Intranscendência**
- **Indivisibilidade**

48. EFEITOS DA CONDENAÇÃO CRIMINAL

Nos termos dos artigos 91 e 92, ambos do Código Penal:

Efeitos genéricos e específicos

Art. 91 – São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Art. 92 – São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

O artigo 91 do Código Penal aponta os seguintes efeitos extrapenais genéricos:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Já o artigo 92 do Código Penal aponta os seguintes efeitos extrapenais específicos:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

49. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

As causas de extinção da punibilidade são previstas, em maior parte, no artigo 107 do Código Penal, cuja redação foi trazida pela Lei n. 7.209/84:

I – morte do agente;

II – anistia, graça ou indulto;

III – retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV – prescrição, decadência ou preempção;

V – renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI – retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

IX – perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Trata-se de rol meramente **exemplificativo**, comportando outras causas extintivas de punibilidade previstas em lei, tais como:

- reparação do dano, sobretudo em caso de pagamento do crédito tributário ou previdenciário em crimes contra a ordem tributária e a Seguridade Social;
- cumprimento de transação penal, prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95;
- cumprimento da pena privativa de liberdade

De se ver que os efeitos da extinção da punibilidade dependem do momento de ocorrência de sua causa. Assim, é necessário tomar em conta dois momentos, a saber:

a) Antes do trânsito em julgado

Se a causa extintiva da punibilidade ocorrer antes do trânsito em julgado, necessariamente impedirá todo e qualquer efeito da condenação criminal.

b) Depois do trânsito em julgado

Se a causa extintiva da punibilidade ocorrer depois do trânsito em julgado, a regra é a de que impedirá o efeito penal principal da condenação, ou seja, afasta apenas a possibilidade de incidência de pena ou medida de segurança.

Excepcionalmente, a anistia e a “*abolitio criminis*”, que são causas extintivas da punibilidade previstas no artigo 107 do Código Penal, afastam todos os efeitos penais da condenação, embora ainda permaneçam os efeitos extrapenais, a exemplo da obrigação de reparar o dano na órbita cível.

E, nos termos do artigo 108 do Código Penal, a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este.

Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.

50. PRESCRIÇÃO

A prescrição é a perda da **pretensão punitiva** (direito de punir ou “*jus puniendi*”) ou da **pretensão executória** (direito de executar ou “*jus punitiois*”) decorrente da inércia do Estado em face do decurso do tempo previsto em lei.

a) Pretensão Punitiva

É o interesse de se aplicar uma sanção penal ao responsável pela prática de uma infração penal (crime ou contravenção penal) durante a persecução criminal (investigação preliminar ou instrução criminal).

b) Pretensão Executória

É o interesse de executar ou exigir o cumprimento de uma sanção penal já imposta ao sentenciado.

» Atenção:

De acordo com os entendimentos dos tribunais superiores, o **termo inicial** da pretensão executória é a data do **trânsito em julgado da sentença condenatória** para a **acusação**, ainda que a defesa tenha recorrido e que esteja aguardando o julgamento desse recurso. Dessa forma, o artigo 112, inciso I, do Código Penal foi recepcionado pela Constituição brasileira de 1988. Salienta-se, de todo caso, que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que essa prescrição tem por termo inicial a data do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes.

50.1. Natureza Jurídica

Com a ocorrência da prescrição, a infração penal permanece íntegra, afastando-se apenas a **punibilidade**, por razões de política criminal diante da inércia do Estado

na condução da persecução criminal. Assim, a prescrição é causa de **extinção da punibilidade**, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Ademais, é matéria de **ordem pública**, devendo ser reconhecida pelo juiz, inclusive **de ofício** (“*ex officio*”), **em qualquer tempo ou grau de jurisdição**, ou mediante **requerimento** de qualquer das partes.

Dispõe o artigo 61 do Código de Processo Penal que, em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício.

Salienta-se, por oportuno, que a prescrição também pode ser reconhecida:

- via ordem de “*habeas corpus*”;
- ou mediante ação autônoma de revisão criminal, **após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**.

» **Observação: Prescrição como matéria preliminar**

A prescrição é matéria **preliminar**, pois dispensa a **análise do mérito** da ação penal, seja pelo juiz natural (de primeiro grau) seja em grau de recurso (de segundo grau).

Logo, não há que se falar em **absolvição** ou **condenação** em caso de prescrição, mas em **extinção da punibilidade**.

50.2. Alocação Sistemica

A prescrição é alocada sistemicamente dentro do Direito Penal, possuindo caráter de **direito material**, eis que atinge o direito de punir do Estado, embora com reflexos **processuais criminais**. Relaciona-se, pois, com a pretensão punitiva do Estado.

» **Observação: Cômputo do Prazo Prescricional**

O **cômputo do prazo prescricional** é feito de acordo com as regras de **direito material**, ou seja, inclui-se o dia do começo e exclui-se o dia do final, contando-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum ou gregoriano, nos termos do artigo 10 do Código Penal. Incluem-se os feriados e dias de final de semana na contagem²⁴.

Essa sistemática caracteriza os prazos prescricionais como **improrrogáveis**, pois tais não são suspensos em fins de semana, feriados ou férias.

50.3. Espécies de Prescrição

A prescrição pode operar-se em duas etapas distintas: uma na fase da **pretensão punitiva** e, a outra, na fase da **pretensão executória**.

Apresenta o Código Penal, assim, dois grupos de prescrição:

a) prescrição da pretensão punitiva, que subdivide-se em 4 (quatro) modalidades:

- prescrição da pretensão punitiva em abstrato, propriamente dita ou prescrição da ação (PPPA);
- prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente (PPPI ou PPPS);
- prescrição retroativa (PPPR);
- prescrição virtual, antecipada, em perspectiva ou por prognose (PPPV).

b) prescrição da pretensão executória (PPE), que existe isoladamente, sem qualquer modalidade.

Aponta-se o seguinte espectro:

Prescrição da Pretensão Punitiva	Espécies
Não há trânsito em julgado para a defesa, mas somente para a acusação	Propriamente dita (em abstrato ou prescrição da ação)
	• Art. 109, CP
	Prescrição intercorrente (superveniente ou subsequente)
	• Art. 110, §1º, CP
	Prescrição retroativa
	• Art. 110, §1º, CP
	Virtual (ou antecipada)
	• Criada pela jurisprudência
	• Observação: Súmula 438 STJ
Prescrição da Pretensão Executória	Inicia-se com o trânsito em julgado para a acusação (art. 112, inciso I, do Código Penal), a despeito de o STJ já ter firmado entendimento de que inicia-se com o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes.

50.4. Linha divisória entre a Prescrição da Pretensão Punitiva e a Prescrição da Pretensão Executória

O marco que divide a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória é o **trânsito em julgado da sentença penal condenatória**.

a) Prescrição da pretensão punitiva

Na **prescrição da pretensão punitiva**, não há trânsito em julgado da condenação tanto para a acusação como para a defesa, a exemplo da **prescrição propriamente dita** – a exceção nas modalidades de prescrição **intercorrente** e **virtual**, nas quais há trânsito em julgado apenas para a acusação, mas não para a defesa.

» **Atenção: Efeitos da Prescrição da Pretensão Punitiva**

Em conclusão, a prescrição da pretensão punitiva afasta **todos os efeitos** da **sentença penal condenatória**, **principais** e **secundários**, **penais** ou **extrapenais**. Ou seja, não será considerada para fins de:

- reincidência;
- maus antecedentes;
- não constitui título executivo judicial no cível.

b) Prescrição da pretensão executória

Na **prescrição da pretensão executória**, há, segundo entendimento que tem prevalecido recentemente nos tribunais superiores, **trânsito em julgado da sentença condenatória** para a **acusação** (leia-se, Ministério Público ou querelante), ainda que a defesa tenha recorrido e que esteja aguardando o julgamento desse recurso.

Salienta-se, de todo caso, que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que essa espécie de prescrição tem por termo inicial a data do trânsito em julgado da condenação para as **ambas partes**.

50.5. Redução dos Prazos da Prescrição

Nos termos do artigo 115 do Código Penal, são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o acusado era:

- ao **tempo do crime**, menor de 21 anos (**menoridade relativa**);
- ou, na **data da sentença**, maior de 70 anos (**senilidade**).

Insta salientar que a menoridade relativa e a senilidade são atenuantes que, uma vez reconhecidas, têm o condão de reduzir à metade o **prazo prescricional** tanto da pretensão punitiva como da pretensão executória.

» **Atenção:**

Essa **redução** aplica-se tanto à **prescrição da pretensão punitiva** como à **prescrição da pretensão executória**. Importante salientar que a redução incide sobre a prescrição, e não sobre a pena.

Já o **aumento** do prazo prescricional em função da reincidência incide somente na **prescrição da pretensão executória**, e não na prescrição da pretensão punitiva, a teor da **Súmula 220 do Superior Tribunal de Justiça**.

50.6. Prazos Prescricionais do Artigo 109 do Código Penal

Durante a persecução criminal, é incerta a quantidade de pena que será determinada ao infrator. É inviável, assim, de se fixar o prazo da prescrição da pretensão punitiva com fulcro na pena em concreto, pois tal ainda é inexistente.

Dessa forma, a **prescrição da pretensão punitiva** é calculada com base na **pena máxima em abstrato** (“*in abstracto*”) prevista no tipo penal, com inserção deste valor na tabela do artigo 109 do Código Penal, a saber:

I – em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);
20 anos —————→ P_{máxima} > 12 anos
II – em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);
16 anos —————→ 8 < P_{máxima} ≤ 12 anos
III – em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);
12 anos —————→ 4 < P_{máxima} ≤ 8 anos
IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);
8 anos —————→ 2 < P_{máxima} ≤ 4 anos
V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) anos ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);
4 anos —————→ 1 = P_{máxima} ≤ 2 anos
VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.
3 anos —————→ 1 < P_{máxima}

Da mesma forma, o cálculo da **prescrição da pretensão executória** é feito com base na pena em concreto (“*in concreto*”) fixada na sentença, cujo valor deve ser enquadrado na tabela do artigo 109 do Código Penal.

Salienta-se, por fim, que a Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, conferiu nova redação ao inciso VI do artigo 109 do Código Penal, alterando o prazo prescricional de 2 (dois) para **3 (três) anos** nos crimes cuja pena máxima seja inferior a 1 (um) ano. Trata-se de “*novatio legis in pejus*”, ou seja, de reforma legislativa mais gravosa ao réu, de modo que não deve retroagir para alcançar os fatos pretéritos.

51. CONCURSO DE CRIMES

A Lei nº 7.209/84, que introduziu a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, trata do concurso de crimes nos artigos 69 (**concurso material**), 70 (**concurso formal**) e 71 (**crime continuado**).

a) Concurso material

Concurso material

Art. 69. §1º Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§2º Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

b) Concurso formal

Concurso formal

Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único – Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste código.

c) Crime continuado

Crime continuado

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

Com o advento da Reforma da Parte Geral, foi introduzido o parágrafo único ao artigo 71, criando-se a figura do *crime continuado específico*:

Parágrafo único – Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste código.

