

Coleção **OAB**
Doutrina 3 em 1

Volume
3

Organizadores
Leonardo Garcia
Roberval Rocha

✓ **Penal**
✓ **Processo Penal**
✓ **Ética Profissional**

Alexandre Salim

Leonardo Barreto Moreira Alves

Marcelo André de Azevedo

Rafael Novais

4ª edição
Atualizada e reformulada

2019

 **EDITORA**
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Aplicação da lei penal

1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Segundo o princípio da legalidade, **não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal** (art. 5º, XXXIX, da CF/88 e art. 1º do CP). Também é chamado de legalidade estrita, reserva legal ou intervenção legalizada. Muito embora esteja expresso apenas “crime”, também é aplicado às “contravenções penais”. Da mesma forma, apesar de constar “pena”, deve ser observado no caso das “medidas de segurança”.

Em resumo, as infrações penais (crimes e contravenções penais) e suas sanções (penas e medidas de segurança) devem ser criadas tão somente por meio de lei aprovada pelo Parlamento.

No Brasil, a **competência legislativa é privativa da União** (CF, art. 22, I). Deve ser observado, todavia, o parágrafo único do art. 22. Por sua vez, **é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito penal** (CF, art. 62, § 1º, I, *b*). Entretanto, é razoável o entendimento no sentido de que o texto constitucional deve ser interpretado restritivamente, de sorte que a proibição só alcançaria as leis penais incriminadoras e não as leis penais não incriminadoras. **Não se pode, também, veicular matéria penal por lei delegada**, em virtude da restrição imposta no art. 68, § 1º, II (direitos individuais), da Constituição Federal.

O princípio da legalidade possui algumas **funções fundamentais**. Entre as mais destacadas, temos as seguintes:

É proibida a analogia contra o réu (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege stricta</i>)	É proibido o costume incriminador (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege scripta</i>)	É proibida a criação de tipos penais vagos e indeterminados (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege certa</i>)	É proibida a aplicação da lei penal incriminadora a fatos – não considerados crimes – praticados antes de sua vigência (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege praevia</i>)
--	---	---	--

2. OUTROS PRINCÍPIOS PENAIS

2.1. Princípio da fragmentariedade

O Direito Penal não deve tutelar todos os bens jurídicos, mas somente os mais relevantes para a sociedade (vida, liberdade, patrimônio, meio ambiente etc.), e, mesmo assim, somente em relação aos ataques mais intoleráveis.

2.2. Princípio da subsidiariedade

O Direito Penal é uma das formas de controle social, assim como o Direito Civil e o Direito Administrativo. Entretanto, a sanção penal é considerada a mais grave das sanções, justamente por permitir a privação da própria liberdade. Por isso, o Direito Penal deve atuar de forma subsidiária (Direito Penal de *ultima ratio*), isto é, somente quando insuficientes as outras formas de controle social. Assim, o Direito Penal deve ser um meio necessário de proteção do bem jurídico.

2.3. Princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*)

Apenas as condutas que causam lesão (dano efetivo ou dano potencial) a bem jurídico, relevante e de terceiro, podem estar sujeitas ao Direito Penal. Somente haverá crime se a conduta for apta a ofender determinado bem jurídico.

► Importante:

O bem jurídico atingido deve pertencer a terceira pessoa, ou seja, a prática criminosa pressupõe conduta que transcenda a esfera individual do agente. Por isso o princípio da ofensividade deve ser complementado pelo **princípio da alteridade** (*altero*: o outro) ou **transcendentalidade**, fazendo com que a autolesão e a própria tentativa de suicídio resem impuníveis.

A **autolesão**, que em regra é fato atípico, configurará crime em duas hipóteses: **a)** se cometida com o fim de fraudar seguro caracterizará *estelionato* (art. 171, § 2º, V, do CP); **b)** se praticada para criar incapacidade física que inabilite o convocado para o serviço militar, poderá constituir-se em *crime militar* (art. 184 do CPM).

Arma desmuniada é conduta típica: "Consoante entendimento firmado no julgamento do AgRg nos EAREsp n. 260.556/SC, o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo irrelevante o fato de a arma estar desmuniada ou, até mesmo, desmontada ou estragada, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1465987, j. 16/05/2019).

2.8. Princípio da adequação social

Embora uma determinada conduta se amolde formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida. A ação será socialmente adequada quando considerada normal pelas regras culturais do povo.

Podem ser citados os seguintes exemplos: as pequenas lesões que advêm da violação de normas cuja inobservância é prática corriqueira no jogo (como o pontapé em uma partida de futebol, durante a disputa da bola); a perfuração das orelhas da menina que nasceu há pouco, para colocar-lhe os brincos; o corte coativo de cabelo do calouro aprovado no vestibular.

As Cortes Superiores não vêm aceitando a aplicação do princípio da adequação social nos crimes de venda de CDs e DVDs piratas (art. 184, § 2º, do CP) e de manutenção de casa de prostituição (art. 229 do CP). Precedentes: STF, HC 98898/SP, j. 20/04/2010; STJ, AgRg no REsp 924750/RS, j. 15/03/2011. Sobre o tema o STJ editou a **Súmula 502** com o seguinte enunciado:

“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”.

2.9. Princípio da insignificância

São, segundo o STF, **condições objetivas** para o reconhecimento da insignificância: *a)* a mínima ofensividade da conduta do agente; *b)* a nenhuma periculosidade social da ação; *c)* o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e *d)* a inexpressividade da lesão jurídica provocada. A consequência será a **exclusão da tipicidade material**.

► Importante:

- **Súmula 606/STJ:** Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97.
- **Súmula 599/STJ:** O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública.
- **Súmula 589/STJ:** É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.
- **Não cabe no crime de moeda falsa**, pois o bem jurídico tutelado preponderantemente é a fé pública, e não o patrimônio. Nesse sentido: “Não se cogita a aplicação do princípio da insignificância ao crimes de moeda falsa, pois o bem jurídico protegido de forma principal é a fé pública, ou seja, a segurança da sociedade, sendo irrelevante o número de notas, o seu valor ou o número de lesados” (STJ, 5ª T., HC 439958, j. 26/06/2018).

- **Tráfico de drogas:** “Prevalece nesta Corte o entendimento de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, porquanto trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente” (STJ, 5ª T., HC 461377, j. 13/11/2018).
- **Posse de droga para consumo pessoal:** “De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida, por ser característica própria do crime descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não afasta a tipicidade material da conduta. Além disso, trata-se de delito de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma - saúde pública. Precedentes” (STJ, 6ª T., AgRg no HC 442072, j. 21/06/2018).
- **Descaminho:** “A Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.709.029, julgado em 28/02/2018, firmou a compreensão de ser aplicável o princípio da insignificância aos débitos tributários até o limite de R\$ 20.000,00, conforme o disposto no art. 20, da Lei n.º 10.522/2002, atualizada pelas Portarias n.º 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda” (STJ, 6ª T., AgInt no REsp 1617899/SP, j. 17/04/2018).
- **Descaminho e reiteração:** “A reiteração delitiva afasta a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho. Precedentes” (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1722217, j. 14/05/2019).
- **Contrabando:** “1. ‘Cuidando-se, ao menos em tese, de delito de contrabando, não se apresenta necessário discutir o montante dos tributos iludidos com o ingresso da mercadoria em território nacional, na medida em que tal aferição é pertinente ao crime de descaminho’. (...) 3. Portanto, em se tratando de crime de contrabando, é inaplicável o princípio da insignificância” (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1394756, j. 19/03/2019).
- **Munição:** “(...) 2. Não há se falar em atipicidade em virtude da apreensão da munição desacompanhada de arma de fogo, porquanto a conduta narrada preenche não apenas a tipicidade formal mas também a material, uma vez que ‘o tipo penal visa à proteção da incolumidade pública, não sendo suficiente a mera proteção à incolumidade pessoal’ (...). Nesse contexto, verifico que permanece hígida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a posse de munição, mesmo desacompanhada de arma apta a deflagrá-la, continua a preencher a tipicidade penal, não podendo ser considerada atípica a conduta. 3. Passou-se a admitir, no entanto, a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF e do STJ” (STJ, 5ª T., HC 484121, j. 16/05/2019).

3. PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL MAIS FAVORÁVEL

3.1. Vigência da lei penal

Como as demais normas, a lei penal está sujeita, quanto à sua obrigatoriedade e efetiva vigência, às mesmas regras de publicação oficial e decurso do prazo de *vacatio*. Igualmente, pode ser revogada totalmente (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação).

Em regra, os fatos praticados na vigência de uma lei devem ser por ela regidos (*tempus regit actum*). Como exceção à regra, é prevista a **extra-atividade da lei penal mais benéfica** (CF, art. 5º, XL, e CP, art. 2º), possibilitando a sua retroatividade (aplicação da lei penal a fato ocorrido antes de sua vigência) ou a ultra-atividade (aplicação da lei após a sua revogação), desde que ainda não esgotadas as consequências jurídicas do fato.

3.2. Conflito de leis penais no tempo

A lei penal poderá sofrer alteração sem que tenham sido esgotadas as consequências jurídicas da infração, surgindo um conflito de leis penais no tempo. Pode ocorrer que um crime seja iniciado sob a vigência de uma lei e se ver consumado sob a de outra; pode um crime ser praticado sob a vigência de uma lei e ser a sentença condenatória proferida sob a vigência de outra, alterando os limites das penas; na fase de execução da pena pode surgir lei nova fixando pena mais benévola para o mesmo crime.

Este conflito de leis penais é solucionado pelo art. 5º, XL, da CF:

“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Situações de conflito:

- a) **LEI NOVA MAIS SEVERA** (*novatio legis in pejus – lex gravior*): como visto, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Assim, a lei nova mais grave não pode ser aplicada aos fatos ocorridos antes de sua vigência (princípio da irretroatividade da lei nova mais severa).

► **Atenção:**

Pode ocorrer o surgimento de lei nova durante a prática de **crime permanente e crime continuado**. Nesta hipótese, aplica-se a lei nova, mesmo que mais grave, desde que passe a vigor antes de cessada a permanência ou a continuidade. Nesse sentido, a **Súmula 711 do STF**: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

- b) **LEI NOVA MAIS BENÉFICA** (*novatio legis in mellius – lex mitior*): além do art. 5º, XL, da CF (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), deve-se atentar para o art. 2º, parágrafo único, do CP:

“a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

- d) *fato posterior não punível*: sempre que o fato posterior (eventual crime posterior) se referir ao mesmo bem jurídico e à mesma vítima, ficará absorvido pelo primeiro (crime anterior), uma vez que já houve a lesividade àquele bem jurídico. *Exemplo*: o agente destrói a coisa furtada. Não responderá pelo crime de dano (art. 163).

► **Observação:**

Parcela da doutrina acrescenta o *crime complexo* como hipótese de consunção.

Crime complexo próprio, puro ou em sentido estrito é o que resulta da soma de dois ou mais crimes autônomos, que passam a funcionar como elementares ou circunstâncias no tipo complexo. Vem disposto no artigo 101 do CP. *Exemplo*: latrocínio, que é constituído por roubo + homicídio.

Crime complexo impróprio, impuro ou em sentido amplo é o que resulta da soma de fato típico + fato atípico. *Exemplo*: estupro, que é constituído por constrangimento ilegal + relação sexual.

- 4) **PRINCÍPIO DA ALTERNATIVIDADE**: aplica-se aos tipos mistos alternativos, isto é, aqueles que descrevem crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado. Assim, mesmo havendo várias formas de conduta (mais de um verbo) no mesmo tipo, somente haverá a consumação de um único delito, independente da quantidade de condutas realizadas no mesmo contexto. Na realidade, observa-se que não há conflito de normas, mas conflito dentro da própria figura típica. *Exemplos*: art. 122 do CP e art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. **Atenção**: de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, o estupro, conforme redação dada pela Lei nº 12.015/09, é um tipo misto alternativo: “(...) 2. O estupro é tipo misto alternativo e crime pluriofensivo, pois o crime do art. 213 do Código Penal tutela dois bens jurídicos: a liberdade sexual e, alternativamente, a integridade corporal e a liberdade individual. O núcleo do tipo é “constranger”, o que acarreta no comportamento de retirar de uma pessoa sua liberdade de autodeterminação, no sentido de coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Outrossim, o dissenso da vítima quanto à conjunção carnal ou outro ato libidinoso é fundamental à caracterização do delito: trata-se de elementar implícita do tipo penal. 3. O estupro é, pois, crime complexo em sentido amplo, constituindo-se de constrangimento ilegal voltado para uma finalidade específica, consistente em conjunção carnal ou outro ato libidinoso” (STJ, 5ª T., RHC 93906, j. 21/03/2019).

11. NORMAS PENAIS EM BRANCO

São tipos penais cujo preceito primário encontra-se incompleto, dependendo de outra norma para sua complementação.

Classificam-se em:

- a) **Normas penais em branco homogêneas, impróprias ou em sentido lato:** são aquelas em que o complemento provém da mesma fonte formal da norma incriminadora. O órgão encarregado de formular o complemento é o mesmo órgão elaborador da lei penal em branco. Ou seja, o complemento do tipo penal é dado por uma lei. *Ex.*: art. 237 do CP.
- b) **Normas penais em branco heterogêneas, próprias ou em sentido estrito:** são aquelas cujo complemento está contido em norma que procede de outra instância legislativa. A lei penal é complementada por ato normativo infralegal, como uma portaria ou um decreto. *Ex.*: art. 33 da Lei nº 11.343/06.

► **Observação:**

Normas penais em branco ao revés ou invertidas: existem quando, embora completo o preceito primário (descrição da conduta), o preceito secundário (cominação da pena) fica a cargo de norma complementar. *Ex.*: art. 1º da Lei nº 2.889/56.

Fato típico

A doutrina diverge acerca de quais elementos compõem o crime. Vejamos:

CRIME	=	Fato típico	+	Illicitude
--------------	----------	-------------	----------	------------

CRIME	=	Fato típico	+	Illicitude	+	Culpabilidade
--------------	----------	-------------	----------	------------	----------	---------------

Crime (conceito bipartido)	
Fato típico	Illicitude
Conduta Resultado Nexo causal Tipicidade (formal + material)	

Pressuposto de aplicação da pena		
Culpabilidade		
Imputabilidade	Potencial consciência da ilicitude	Exigibilidade de conduta diversa

Crime (conceito tripartido)		
Fato típico	Illicitude	Culpabilidade
Conduta Resultado Nexo causal Tipicidade (formal + material)		Imputabilidade Potencial consciência da ilicitude Exigibilidade de conduta diversa

Independentemente dessa divergência sobre a culpabilidade (se é pressuposto de aplicação da pena ou elemento do crime), o **fato típico** é o primeiro elemento do crime. Entretanto, não se deve confundir **fato** com **conduta**, uma vez que aquele é mais abrangente que esta. Isto porque o fato pode abranger não só a conduta humana, mas também o resultado naturalístico (modificação do mundo exterior) causado pela conduta. Assim:

Fato	=	CONDUTA (é o caso de crime de mera conduta ou de crime formal)
-------------	---	--

Fato	=	CONDUTA	+	RESULTADO	+	NEXO CAUSAL (crime material)
-------------	---	----------------	---	------------------	---	--

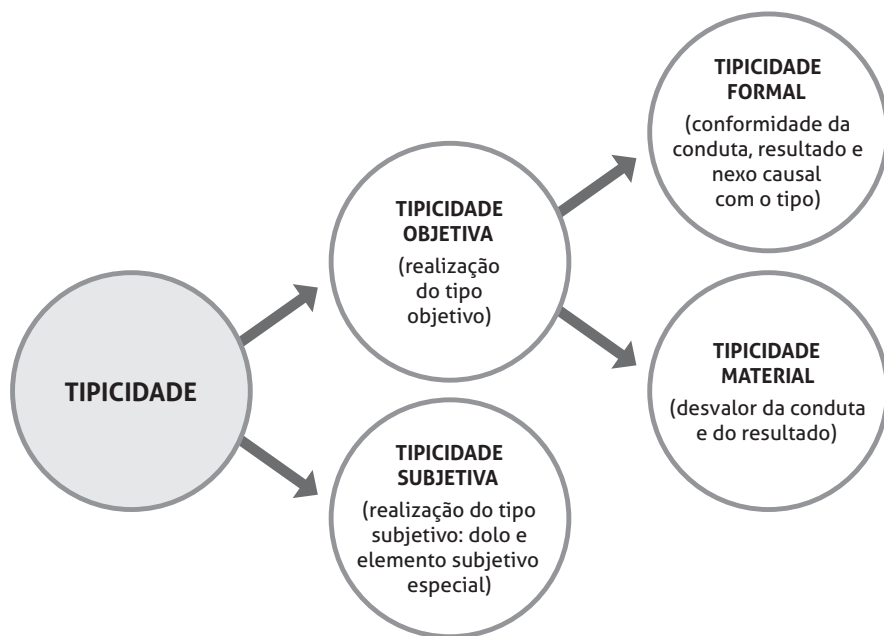
Desse modo, analisaremos separadamente a conduta, o resultado e o nexo causal.

1. CONDUTA

Crime (conceito tripartido)		
Fato típico	Ilicitude	Culpabilidade
CONDUTA Resultado Nexa causal Tipicidade		Imputabilidade Potencial consciência da ilicitude Exigibilidade de conduta diversa

1.1. Conceito

Conduta é um agir humano, ou um deixar de agir, de forma consciente e voluntária, dirigido a uma determinada finalidade. A conduta deve ser concebida como um *ato de vontade com conteúdo* (finalidade/querer interno). Segundo predomina na doutrina, o Código Penal adotou a **teoria finalista da conduta** de Hans Welzel. Para que a conduta seja típica deverá ser dolosa ou culposa. Ou seja, **o dolo e a culpa integram o fato típico** (primeiro elemento do crime).



4.1. Tipicidade formal (legal)

4.1.1. Conceito

Segundo nossa posição, a tipicidade penal é compreendida pela **tipicidade objetiva** e pela **tipicidade subjetiva**. Na tipicidade objetiva verifica-se a **tipicidade formal** (conformidade do fato ao tipo penal) e a **tipicidade material** (desvalor da conduta e do resultado). A **tipicidade subjetiva** é a realização do tipo subjetivo, consistente no dolo e, quando o tipo exigir, no elemento subjetivo especial (dolo específico).

► Observação:

Conforme orientação adotada pela doutrina pátria, **verificando-se a tipicidade presume-se a ilicitude** (a tipicidade possui caráter indiciário/é a *ratio cognoscendi* da ilicitude). Essa presunção será afastada com a existência de alguma das causas de exclusão (ex.: legítima defesa, estado de necessidade).

4.1.2. Elementos do tipo penal incriminador

O **tipo penal** descreve uma conduta (ação ou omissão) proibida. O tipo penal possui *elementos objetivos* (aspectos materiais e normativos) e *subjetivos* (dados relacionados à consciência e vontade do agente).

trata-se de fase de **preparação** do *iter criminis* referente ao homicídio. Mas, por outro lado, a simples conduta de portar arma de fogo sem autorização legal já configura o crime de porte ilegal de arma de fogo.

► **Atenção:**

A Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 (Terrorismo), passou a punir atos preparatórios de terrorismo. Vejamos: "Art. 5º - **Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:** Pena – a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade. § 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo: I – recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou II – fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade. § 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços".

- 3ª) **EXECUÇÃO:** no *iter criminis*, o fato somente passa a ser punido com o início da execução. Isto porque, se iniciada a execução, pode ocorrer: que o crime venha a se consumir (art. 14, I); que o delito reste tentado, caso não haja consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II); que não ocorra a consumação por ato voluntário do agente (desistência voluntária ou arrependimento eficaz – art. 15).

Existem alguns critérios para indicar o momento do início dos atos executórios, mas não há consenso de qual seria o melhor deles. Dois se destacam:

- (a) **critério objetivo-formal ou formal:** a execução é iniciada quando se inicia a conduta típica, que ocorre com o começo da realização do verbo descrito no tipo (*ex.*: início da subtração no furto). O critério formal não é capaz de solucionar todas as hipóteses, uma vez que há casos em que é evidente o início da execução, a despeito de o agente ainda não ter realizado o verbo típico. *Ex.*: o agente é preso no interior da residência da vítima antes de subtrair a coisa alheia. Como não iniciou a subtração, não iniciou a execução. Não haveria sequer tentativa de furto, pois (para o critério objetivo-formal) não houve início dos atos executórios.
- (b) **critério objetivo-individual:** considera o plano delitivo do agente. A execução se inicia quando é colocado em prática o plano delitivo (individual) do autor, que é imediatamente anterior ao início da execução da conduta típica. No exemplo acima, o agente responderia por tentativa de furto, mesmo não tendo ainda subtraído a coisa alheia, uma vez que iniciou seu plano delitivo.

Como exceção, o Código adotou a **teoria subjetiva**, conforme se observa na expressão “*salvo disposição em contrário*”. Essa exceção refere-se às hipóteses em que o legislador prevê no próprio tipo penal a forma tentada. *Exemplo* – art. 309 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65):

“**Votar** ou **tentar votar** mais de uma vez, ou em lugar de outrem: Pena – reclusão até três anos”.

► **Dica:**

Se no exame for afirmado que o CP adotou a **teoria objetiva** em relação à punibilidade da tentativa, o enunciado estará correto, independentemente da exceção acima apontada (teoria subjetiva).

10.3. Classificação

a) **em relação ao caminho percorrido durante a fase de execução:**

- **Tentativa imperfeita (inacabada):** a fase executória é *interrompida* antes de ser esgotada por circunstâncias alheias à vontade do agente. *Exemplo:* o sujeito dispara um tiro na vítima e atinge o seu braço, sendo logo imobilizado por terceiro antes de efetuar outro disparo.
- **Tentativa perfeita (acabada ou crime falho):** a fase de execução planejada pelo agente é *esgotada*, mas não ocorre a produção do resultado por circunstâncias alheias à vontade do agente. *Exemplo:* o agente dispara seis tiros no peito do ofendido e abandona o local, imaginando que consumou o delito. No entanto, a vítima não vem a falecer, já que socorrida posteriormente por terceiros.

b) **em relação ao objeto do crime:**

- **Tentativa inculenta (branca):** o objeto material não sofre dano. *Exemplo:* iniciados os atos executórios (disparos de arma de fogo), a vítima não chega a ser atingida por erro de pontaria do autor.
- **Tentativa cruenta (vermelha):** o objeto material sofre dano. *Exemplo:* iniciados os atos executórios (disparos de arma de fogo), a vítima é atingida, sofrendo lesões.

► **Atenção:**

O crime impossível (art. 17) é chamado de *tentativa inidônea*; a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (art. 15) são chamados de *tentativa abandonada*.

outras facadas, *desiste voluntariamente* do seu intento, e com isso permite que a vítima sobreviva. Deve responder pelos atos executórios anteriormente praticados (lesão corporal leve, grave ou gravíssima, dependendo do resultado), e não por tentativa de homicídio.

Diverge a doutrina acerca da **natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz**, havendo duas principais posições: **1ª**) é uma causa de extinção da punibilidade ou de isenção de pena (Hungria, Noronha, Zaffaroni, Luiz Flávio Gomes, Nucci, Luiz Regis Prado); **2ª**) é uma causa de exclusão da adequação típica indireta, ou seja, de ausência de tipicidade (Fragoso, Basileu Garcia, Damásio, Mirabete, Capez, Reale Júnior, Rogério Greco). Entendemos que essa segunda posição é a mais correta, uma vez que a tentativa de um crime é punida em razão da norma de extensão (art. 14, II). Na hipótese do art. 15, essa norma de extensão está sendo afastada, de sorte que também estará afastada a tipicidade da tentativa. Ou seja, não haverá adequação típica indireta ou mediata do crime inicialmente pretendido.

► **Observação:**

Considerando a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, bem como por não existir um posicionamento predominante, eventual questão na prova objetiva do exame da OAB será passível de anulação.

Diferenças entre tentativa perfeita e imperfeita (art. 14, II, do CP) e desistência voluntária e arrependimento eficaz (art. 15 do CP):

	Fase de execução	Consequência
Tentativa imperfeita (inacabada)	Interrompida por ato involuntário	Causa de diminuição de pena
Desistência voluntária	Interrompida por ato voluntário	Responde pelos atos anteriormente praticados
Tentativa perfeita (acabada)	Fase de execução não é interrompida e se esgota. A consumação não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente	Causa de diminuição de pena
Arrependimento eficaz	Fase de execução não é interrompida e se esgota. A consumação não ocorre por ato voluntário do agente	Responde pelos atos anteriormente praticados

► **Importante:**

- 1) **Homicídio híbrido.** Apesar da discussão doutrinária, predomina que é possível o chamado *homicídio qualificado-privilegiado* (homicídio híbrido), desde que as qualificadoras sejam de natureza objetiva (exemplos: incisos III e IV). Nesse caso, "Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos" (STJ, HC 153.728, j. 13/04/2010).
- 2) **Coexistência entre as qualificadoras da torpeza e do feminicídio.** "Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do animus do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de bis in idem no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto, a primeira tem natureza *subjetiva* e a segunda *objetiva*" (STJ, 6ª T., HC 433898, j. 24/04/2018). **Obs.:** embora a decisão faça referência ao *inciso II* do § 2º-A do artigo 121 do Código Penal, a circunstância enfrentada diz respeito ao *inciso I* do mesmo dispositivo legal ("violência doméstica e familiar").

1.1.4. Homicídio culposo (art. 121, § 3º)

Ocorre quando o agente dá causa à morte da vítima por: **a) imprudência:** é uma atitude precipitada, sem a devida ponderação ou de forma perigosa (agir culposo); **b) negligência:** inatividade material; ausência de precaução; é o deixar de fazer algo imposto (omitir-se culposamente); **c) imperícia:** é a inaptidão para o exercício de arte ou profissão. É necessário que o fato seja praticado pelo sujeito no exercício de sua atividade profissional.

Se o homicídio culposo ocorrer na direção de veículo automotor, incide o art. 302 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito).

1.1.5. Causas de aumento de pena (art. 121, § 4º)

No **homicídio culposo** (§ 4º, 1ª parte) aumenta-se a pena 1/3 nas seguintes hipóteses:

- a) se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício;
- b) se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima;
- c) se o agente não procura diminuir as consequências do seu ato;
- d) se o agente foge para evitar prisão em flagrante.

Em quaisquer dos casos, todos os advogados que atuarem no feito terão direito aos honorários advocatícios, proporcionais aos serviços prestados, bem como respondem pelos danos ocasionados aos clientes. Merecem destaque as regras que imponham o ajuste antecipado de honorários e a proibição de execução direta desses valores pelo substabelecido (art. 26, §2º, NCED + art. 26, EAOAB).

► **Vejamos como esse tema já foi abordado no Exame de Ordem:**

(FGV - 2018 - OAB - Exame de Ordem Unificado - XXVII) Guilherme é bacharel em Direito, não inscrito na OAB como advogado. Ao se deparar com situações de ilegalidade que ameaçam a liberdade de locomoção de seus amigos César e João, e com situação de abuso de poder que ameaça direito líquido e certo de seu amigo Antônio, Guilherme, valendo-se de seus conhecimentos jurídicos, impetra habeas corpus em favor de César na Justiça Comum Estadual, em 1ª instância; habeas corpus em favor de Antônio, perante o Tribunal de Justiça, em 2ª instância; e mandado de segurança em favor de João, na Justiça Federal, em 1ª instância.

Considerando o que dispõe o Estatuto da OAB acerca da atividade da advocacia, assinale a afirmativa correta.

- a) Guilherme pode impetrar habeas corpus em favor de César, mas não pode impetrar habeas corpus em favor de Antônio, nem mandado de segurança em favor de João.
- b) Guilherme pode impetrar habeas corpus em favor de César e Antônio, mas não pode impetrar mandado de segurança em favor de João.
- c) Guilherme pode impetrar habeas corpus em favor de César e Antônio, e também pode impetrar mandado de segurança em favor de João.
- d) Guilherme pode impetrar mandado de segurança em favor de João, mas não pode impetrar habeas corpus em favor de César e Antônio.

Resposta: Letra B

Qualquer pessoa poderá impetrar *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal, pois não se inclui na atividade privativa. Contudo a postulação de Mandado de Segurança dependerá de advogado regularmente inscrito conforme o artigo 1, §1 do Estatuto da Advocacia da OAB.

(FGV - 2018 - OAB - Exame de Ordem Unificado - XXV) O advogado Ícaro dos Santos, regularmente constituído para a defesa judicial de certo cliente, necessitou, para o correto exercício do mandato, que o cliente lhe apresentasse alguns documentos. Após Ícaro solicitar-lhe os documentos diversas vezes, realizando inúmeras tentativas de contato, o cliente manteve-se inerte por prazo superior a três meses.

Considerando o caso narrado, assinale a afirmativa correta.

- a) Diante da inércia do cliente, o Código de Ética e Disciplina da OAB dispõe que se presume extinto automaticamente o mandato.
- b) Diante da inércia do cliente, o Código de Ética e Disciplina da OAB dispõe que é recomendada a renúncia ao mandato. Ainda de acordo com o diploma, a renúncia ao patrocínio deve ser feita com menção do motivo que a determinou.
- c) Diante da inércia do cliente, o Código de Ética e Disciplina da OAB dispõe que é recomendado ao advogado peticionar nos autos, solicitando a intimação pessoal do cliente para apresentação dos documentos. Apenas após o ato, se mantida a inércia, presume-se extinto o mandato.

- d) Diante da inércia do cliente, o Código de Ética e Disciplina da OAB dispõe que é recomendada a renúncia ao mandato. Ainda de acordo com o diploma, a renúncia ao patrocínio deve ser feita sem menção do motivo que a determinou.

Resposta: Letra D

Conforme preceitua os artigos 15 e 16 do novo Código de Ética e Disciplina da OAB, em face de dificuldades insuperáveis ou inércia do cliente quanto a providências que lhe tenham sido solicitadas, deve o advogado renunciar ao mandato, sem menção do motivo que a determinou, fazendo cessar a responsabilidade profissional pelo acompanhamento da causa, uma vez decorrido o prazo previsto em lei.

(FGV - 2017 - OAB - Exame de Ordem Unificado - XXIII) Juliana é integrante da equipe de recursos humanos de certa sociedade anônima, de grande porte, cujo objeto social é o comércio de produtos eletrônicos. Encontrando-se vago um cargo de gerência jurídica, Juliana organizou processo seletivo, tendo recebido os currículos de três candidatas.

A primeira delas, Mariana, é advogada regularmente inscrita na OAB, tendo se especializado em Direito Penal. A segunda, Patrícia, não é graduada em Direito, porém é economista e concluiu o doutorado em direito societário e mercado de capitais. A terceira, Luana, graduada em Direito, foi aprovada no exame da OAB e concluiu mestrado e doutorado. É conselheira de certo tribunal de contas estadual, mas encontra-se afastada, a pedido, sem vencimentos.

Considerando a situação narrada, assinale a afirmativa correta.

- a) Qualquer das candidatas poderá exercer a função de gerência jurídica, mas apenas Mariana poderá subscrever os atos privativos da advocacia.
- b) Qualquer das candidatas poderá exercer a função de gerência jurídica, mas apenas Mariana e Luana poderão subscrever os atos privativos da advocacia.
- c) Apenas Mariana poderá exercer a função de gerência jurídica.
- d) Apenas Mariana e Luana poderão exercer a função de gerência jurídica.

Resposta: Letra C

A função de diretoria e gerência jurídicas em qualquer empresa pública, privada ou paraestatal, inclusive em instituições financeiras, é privativa de advogado, não podendo ser exercida por quem não se encontre inscrito regularmente na OAB, haja vista o disposto no artigo 7 do Regulamento Geral da OAB, bem como o artigo 28, inciso II do EAOAB.

2.2 DOS DIREITOS DOS ADVOGADOS

Reiterando as linhas iniciais dessa obra, mencionei que a importância da disciplina de ética para o exame de ordem também leva em consideração a consagração de uma série de ***direitos aos advogados***. Por este motivo, informei se tratar de uma lei feita por advogados para advogados.

Parcela desses direitos surgem exatamente pelas dificuldades e problematizações que os advogados acabam sofrendo para o exercício da profissão, em especial perante outros operadores do ramo jurídico.

Da advocacia

2.1 DA ATIVIDADE DE ADVOCACIA

Inaugurando o estudo sobre a ética, o estatuto se preocupa em definir os atos privativos da advocacia, obstando que esta atividade jurídica fosse exercida por qualquer pessoa, sem as qualificantes legais.

A preocupação com tal limitação tem razão de existir. Apenas aqueles que passaram pelos longos anos da faculdade de direito (algumas delas com mais de cinco anos de duração) dedicando-se ao árduo estudo, obtendo a aprovação no exame de ordem e realizando sua inscrição nos quadros da OAB podem exercer as atividades inerentes ao ramo da advocacia.

Em outros termos, já no início do estatuto fica bem registrado aqueles atos que apenas podem ser praticados *privativamente* por bacharéis em direito regularmente *inscritos* nos quadros da OAB, respeitando os requisitos a serem estudados no mesmo diploma (art. 8º, EAOAB). Aliás, estudaremos que a prática desses atos por não inscritos na OAB constitui exercício ilegal da profissão punível nas esferas administrativas, cíveis e criminais (art. 4º, RG).

No artigo 1º do estatuto, encontraremos os **atos privativos da advocacia**, dividindo-os em:

- I. **Judiciais:** Postulação a órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais; e
- II. **Extrajudiciais:** Consultoria, Assessoria e Direção Jurídicas.

Em que pese a previsão legal estampar tais condições, algumas ressalvas merecem atenção, em especial quando se tratar das questões de 1ª fase do Exame de Ordem. Passemos neste momento a facilitá-las.

Na original redação estampada pelo artigo 1º, inciso I, da lei nº 8.906/94 (EAOAB) encontrávamos a utilização da expressão “*qualquer*” para determinar que apenas advogados poderiam postular perante os órgãos judiciais.

Entretanto, com a proposição da *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1.127-8* houve a declaração de inconstitucionalidade desta expressão “qualquer”.

O motivo dessa supressão foi bem simples: a existência de verdadeiras **exceções ao ius postulandi** (capacidade postulatória) do advogado, previstas em lei. Dito de forma diferente, em situações pontuais qualquer pessoa poderia postular junto ao Poder Judiciário sem a obrigatoriedade da representação por advogado.

Esclarecendo o tema, encontramos como verdadeiras exceções:

- a) **Impetração de Habeas Corpus** (art. 1º, §1º, EAOAB): A impetração do remédio constitucional do *habeas corpus* não dependerá da utilização de serviços advocatícios. Tratando-se da proteção à liberdade de locomoção (preventiva ou repressiva), qualquer pessoa poderia se valer deste instrumento como forma de garantia do direito fundamental de liberdade (art. 5º, LV, CF/88). Porém, sendo necessária a apresentação de recurso contra decisões tomadas nestes autos, será necessária e obrigatória a interposição por meio de advogado;
- b) **Juizados Especiais** (art. 9º, lei nº 9.099/95): Em juizados especiais, desenvolvidos para descentralizar e otimizar a solução de demandas judiciais, a postulação por meio de advogado será dispensada se o valor da causa não exceder 20 (vinte) salários mínimos. Trata-se de informalidade que objetiva ampliar o acesso das partes à solução de contendas com baixo valor econômico e de simples complexidade, desburocratizando o sistema. Contratar advogado, nesses casos, poderia inviabilizar a propositura da demanda, já que os valores em discussão poderiam ser inferiores aos honorários contratuais. Por outro lado, para apresentação de recurso ao próprio juizado e em demandas que ultrapassem o valor de 20 (vinte) salários mínimos far-se-á obrigatória a participação do advogado;
- c) **Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal** (art. 10, lei nº 10.259/01): De forma semelhante à anterior, em juizados no âmbito federal em que o valor da causa não supere 60 (sessenta) salários mínimos, as partes poderão designar seus representantes, que pode ou não ser advogado. De forma análoga, também seria dispensada a participação do advogado em juizados especiais da Fazenda Pública. Contudo, importante ressaltar que será necessária participação do advogado quando os valores superarem o teto designado, bem como quando se tratar de defesa criminal e que o acusado não reúna condições de realizar sua própria defesa (ADI 3168/DF).