

NIDAL **AHMAD**
LUANA **PORTO**
FRANCIELE **KÜHL**

PREPARAÇÃO
TURBO
OAB
1ª Fase da OAB

5ª
edição
revista,
atualizada
e ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DIREITO PENAL



Nidal Ahmad

Arnaldo Quaresma

Sumário

1. Aplicação da Lei Penal
2. Do crime
3. Da Imputabilidade Penal
4. Concurso de Pessoas (arts. 29, 30 e 31 do CP)
5. Aplicação da Pena
6. Da Suspensão Condicional da Pena
7. Do Livramento Condicional
8. Efeitos da Condenação
9. Extinção da Punibilidade
10. Crimes contra a vida
11. Lesão Corporal (art. 129 do CP)
12. Crimes contra a honra
13. Crimes Contra o Patrimônio
14. Crimes contra a Dignidade Sexual
15. Crimes contra a Fé Pública
16. Crimes contra a Administração Pública
17. Dos crimes contra a Administração da Justiça

1. APLICAÇÃO DA LEI PENAL

1.1. Da lei penal no tempo (art. 2º do CP)

Pelo princípio *tempus regit actum* (“o tempo rege o ato”), a lei penal não alcança os fatos ocorridos antes ou depois de sua vigência, de forma que, em regra, a lei aplicável a um crime é aquela vigente ao tempo da execução deste crime.

A regra, pois, é que a atividade da lei penal se dê no período de sua vigência; a extra-atividade, representada pela retroatividade da lei mais benéfica e pela ultratividade, configura exceção a esta regra.

Ultratividade quer dizer que se a lei antiga for mais favorável, prevalecerá ao tempo da vigência da lei nova, mesmo estando revogada.

A **retroatividade da lei mais benéfica** significa que a lei mais benigna prevalece sobre a mais severa, prolongando-se além do instante de sua revogação ou retroagindo ao tempo em que não tinha vigência.

1.1.1 Abolitio criminis (art. 2º, caput, do CP)

Ocorre a chamada *abolitio criminis* quando a lei nova deixa de considerar crime fato que anteriormente era considerado ilícito penal. A nova lei, demonstrando não haver mais, por parte do Estado, interesse na punição do autor de determinado fato, retroage para alcançá-lo.

A *abolitio criminis*, além de conduzir à extinção da punibilidade, **apaga todos os efeitos penais da sentença condenatória**, permanecendo, no entanto, íntegros seus efeitos na esfera extrapenal. É o que se extrai do art. 2º, caput, do CP.

1.1.2. Novatio legis in mellius (art. 2º, par. ún., do CP)

Além da *abolitio criminis*, a lei nova pode favorecer o agente de várias maneiras. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (art. 2º, par. ún., do CP).

Assim, se uma lei posterior deixar de prever uma circunstância de aumento de pena em relação a determinado crime, retroagirá para beneficiar o réu. O mesmo se pode dizer se a lei posterior passar a prever uma causa de diminuição da pena, por exemplo. Essa lei retroagirá para alcançar fatos praticados antes da sua vigência.

1.1.3. Novatio legis incriminadora

A *novatio legis incriminadora*, ao contrário da *abolitio criminis*, considera crime fato anteriormente não incriminado, e somente gerará efeitos para fatos praticados após a sua vigência.

Por conferir tratamento severo, a *novatio legis incriminadora*, por evidente, não retroage para alcançar fatos praticados antes da sua vigência, tendo eficácia, portanto, somente em relação aos fatos praticados a partir da sua vigência.

1.1.4. Novatio legis in pejus

A quarta hipótese refere-se à nova lei mais severa que a anterior (exemplo: a nova lei de drogas, Lei n. 11.343/2006, no art. 33, aumentou a pena do crime de tráfico de drogas). Incide, no caso, o princípio da irretroatividade da lei penal: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL, da CF/1988).

1.1.5. Crime permanente e crime continuado e a lei penal mais benéfica

Aplica-se a lei nova durante a atividade executória do CRIME PERMANENTE, ainda que seja prejudicial ao réu, já que a cada momento da atividade criminosa está presente a vontade do agente.

Da mesma forma, sendo o CRIME CONTINUADO uma ficção, considerando que uma série de crimes constitui um único delito para a finalidade de aplicação da pena, o agente responde pelo que praticou em qualquer fase da execução do crime continuado. Portanto, se uma lei penal nova tiver vigência durante a continuidade delitiva, deverá ser aplicada ao caso, prejudicando ou beneficiando.

Súm. 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.

1.2. Lei temporária e lei excepcional (art. 3º do CP)

Leis excepcionais: são feitas para durar enquanto um estado anormal ocorrer. Cessa a sua vigência ao mesmo tempo que a situação excepcional também terminar. Portanto, são aquelas promulgadas em caso de calamidade pública, guerras, revoluções, cataclismos, epidemias etc.

Leis temporárias: são as editadas com período determinado de duração, portanto, dotadas de autorrevogação. É feita para vigorar em um período de tempo previamente fixado pelo legislador. Traz em seu bojo a data do início e da cessação de sua vigência. É uma lei que, desde a sua entrada em vigor, está marcada para morrer.

Reúnem duas características:

- **Autorrevogabilidade:** em regra, uma lei somente pode ser revogada por outra lei, posterior, que a revogue expressamente, que seja com ela incompatível ou que regule integralmente a matéria nela tratada. As leis de vigência temporária e excepcional constituem exceção a esse princípio, visto que perdem sua vigência automaticamente, sem que outra lei as revogue.
- **Ultratividade:** significa que uma lei revogada continua gerando efeitos. É o caso da lei temporária e da lei excepcional, que continuarão gerando efeitos em relação aos fatos praticados durante sua vigência, mesmo após revogadas.

1.3. Do tempo do crime (art. 4º do CP)

Em relação ao tempo do crime, o Código Penal adotou a **teoria da atividade**, segundo a qual se reputa praticado o delito no momento da conduta, não importando o instante do resultado. Assim, se um adolescente com 17 anos, 11 meses e 29 dias efetuar disparo de arma de fogo contra a vítima, que vem a falecer cinco dias depois (quando já terá adquirido a maioridade), responderá conforme as normas do ECA, diante da teoria da atividade que rege o tempo do crime.

1.4. Territorialidade (art. 5º do CP)

Pelo princípio da territorialidade, aplicam-se as leis brasileiras aos delitos cometidos dentro do território nacional. Esta é uma regra geral, que advém

do conceito de soberania, ou seja, a cada Estado cabe decidir e aplicar as leis pertinentes aos acontecimentos dentro do seu território.

Nos termos do art. 5º, § 1º, do CP, há duas situações de território brasileiro por equiparação:

- a) embarcações e aeronaves brasileiras de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde estiverem;
- b) embarcações e aeronaves brasileiras, de propriedade privada, que estiverem navegando em alto-mar ou sobrevoando águas internacionais.

Os navios estrangeiros em águas territoriais brasileiras, desde que públicos, não são considerados parte do nosso território. Em face disso, os crimes neles cometidos devem ser julgados de acordo com a lei da bandeira que ostentam. Se, entretanto, são de natureza privada, aplica-se a lei brasileira (art. 5º, § 2º, do CP).

1.5. Do lugar do crime (art. 6º do CP)

O Código Penal adotou a **teoria da ubiquidade ou mista**, segundo a qual é lugar do crime tanto onde houve a conduta quanto o local onde se deu o resultado.

Assim, na hipótese de o agente, que se encontra na cidade brasileira de Santana do Livramento-RS, efetuar disparos contra a vítima que se encontra na cidade de Rivera, em solo uruguaio, separada por uma rua do Município brasileiro, vindo este a falecer, aplica-se a lei penal brasileira, já que os atos executórios do crime foram praticados em território brasileiro, embora o resultado tenha sido produzido em país estrangeiro.

1.6. Extraterritorialidade (art. 7º do CP)

Extraterritorialidade: é uma exceção. Mesmo que o crime seja cometido fora do Brasil, os agentes sujeitam-se à lei brasileira, nas hipóteses mencionadas no art. 7º do CP, quais sejam:

EXTRATERRITORIALIDADE INCONDICIONADA (inciso i)	
a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;	Nestes casos, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

EXTRATERRITORIALIDADE CONDICIONADA (inciso ii)	
a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.	Nestes casos, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições (§ 2º): a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.
EXTRATERRITORIALIDADE CONDICIONADA (inciso ii)	
Cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil.	Se reunidas as condições (§ 2º): a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. + a) não foi pedida ou foi negada a extradição; (§ 3º) b) houve requisição do Ministro da Justiça. (§ 3º)

PENAL

1.7. Conflito aparente de normas

É o conflito que se estabelece entre duas ou mais normas aparentemente aplicáveis ao mesmo fato. Há conflito porque mais de uma norma pretende regular o fato, mas é aparente, porque apenas uma delas acaba sendo aplicada à hipótese.

1.7.1. Princípio da especialidade

Trata-se da aplicação da regra de que a norma especial afasta a aplicação da lei geral, representado pelo brocardo *lex specialis derogat generali*.

A lei especial, ou específica, caracteriza-se por se revestir de sentido diferenciado, individualizado, que a particulariza em relação às demais normas. Dito de outro modo, a norma penal especial reúne todos os elementos típicos da lei geral, mas reveste-se de outros elementos que a tornam especial, que a particularizam, chamados especializantes.

Tomemos como exemplo o caso de uma mãe matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, logo após o parto. Há um único fato sobre o qual, aparentemente, pode incidir o crime de homicídio, previsto no art. 121 do CP, ou infanticídio, previsto no art. 123 do CP. O crime de infanticídio

possui núcleo idêntico ao do crime de homicídio, ou seja, reúne todos os elementos descritos no art. 121 do CP, consistentes em “matar alguém”. Todavia, além dos elementos da norma geral, o art. 123 do CP, que tipifica o delito de infanticídio, possui elementos que o especializam e diferenciam do crime de homicídio: autora ser a genitora da vítima, que deve ser seu próprio filho, nascente ou neonato; prática do delito durante ou logo após o parto, sob influência do estado puerperal. Note-se que se estabeleceu um conflito entre as normas do art. 121 e do art. 123 do CP, mas que é aparente, pois será solucionado pelo princípio da especialidade, prevalecendo, no caso, a norma penal que define o crime de infanticídio, já que as elementares contidas nesse crime a tornam especial em relação à norma geral que define o homicídio.

1.7.2. Princípio da subsidiariedade

Há relação de subsidiariedade entre normas quando descrevem graus de violação do mesmo bem jurídico, de forma que a infração definida pela subsidiária, de menor gravidade que a da principal, é absorvida por esta. A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita.

A **subsidiariedade expressa ou explícita** ocorre quando a própria lei indica ser a norma subsidiária de outra. Quando a norma, em seu próprio texto, subordina a sua aplicação à não aplicação de outra, de maior gravidade punitiva. O crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do CP, incluído pela Lei nº 13.718/2018, incidirá “se o ato não constitui crime mais grave”, conforme expressamente prevê o referido dispositivo legal. Logo, o delito de importunação sexual somente incidirá se a conduta do agente não caracterizar crime mais grave, por exemplo, estupro (art. 213 do CP) ou estupro de vulnerável (art. 217-A do CP).

A **subsidiariedade tácita ou implícita** ocorre quando a norma penal não ressalva, de modo expresso, a sua incidência na hipótese de outra norma de maior gravidade punitiva não ser aplicável ao caso concreto. A norma subsidiária poderá incidir ainda que o legislador não tenha expressamente previsto essa possibilidade. O crime de constrangimento ilegal (art. 146 do CP) é tacitamente subsidiário em relação ao crime de estupro (art. 213 do CP). Assim, se, no caso concreto, o crime mais grave (art. 213 do CP) não restar caracterizado, ou seja, não ficar demonstrado que o constrangimento não teve por finalidade violar a dignidade sexual da vítima, pode-se aventar a incidência do crime de constrangimento ilegal (art. 146 do CP).

1.7.3. Princípio da consunção

Diversamente do princípio da subsidiariedade, em que a prática de um ato delituoso deve ser enquadrada na norma mais grave, o princípio da consunção é aplicado para dirimir conflito aparente de normas decorrente de uma **sequência de fatos delituosos**, que, isoladamente, constituem crime, mas que, ao final, devem ser subsumidos a um único tipo penal. Em outras palavras, os atos delituosos praticados para alcançar o resultado esperado serão absorvidos pelo crime desejado, resultando, assim, na responsabilização do agente pela prática de um crime.

Tomemos como exemplo o agente que pretende desde o início produzir a morte da vítima. Para tanto, utiliza-se de uma faca, golpeando a vítima em várias partes do corpo, vindo, ao final, a aplicar o golpe fatal, causando-lhe a morte. Há um único elemento subjetivo, sendo a conduta composta por vários atos praticados de forma progressiva até atingir o resultado mais grave. Surge, assim, o conflito aparente de normas: o agente responderá

pelos delitos de lesão corporal (art. 129 do CP) e homicídio (art. 121 do CP) ou apenas pelo crime de homicídio? Nesse caso, aplicando-se o princípio da consunção, o agente responderá apenas pelo crime de homicídio (art. 121 do CP), pois as várias lesões corporais produzidas pelos golpes de faca constituíram meio necessário para a execução do delito pretendido, sendo, por isso, absorvidas pelo crime de homicídio.

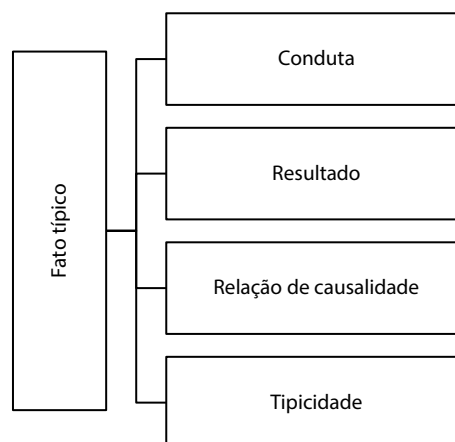
2. DO CRIME

Fato típico é o fato humano que se enquadra perfeitamente no modelo legal de conduta proibida. Assim, o fato humano de desferir disparos de arma de fogo contra uma pessoa, matando-a, será considerado fato típico, porque se amolda perfeitamente ao modelo legal da conduta proibida de “matar alguém”, adequando-se aos elementos constitutivos do tipo penal que define o crime de homicídio, descritos no art. 121 do CP.

Fato atípico, por sua vez, é o fato humano que não se enquadra ou não se adéqua a um tipo penal.

Para a integração do fato ao tipo penal deve haver um comportamento humano, consistente na conduta. A ação ou omissão humana (conduta), porém, não é suficiente, sendo necessário um resultado. Entre a conduta e o resultado se exige uma relação de causalidade. Por último, para integralizar um fato típico, deve operar-se a subsunção ou adequação de todos os elementos no modelo legal previsto no tipo penal, revestindo-se, assim, na própria tipicidade.

Portanto, os elementos do fato típico são:



2.1. Relação de causalidade ou nexos causal (art. 13 do CP)

Via de regra, a conduta do agente produz o resultado criminoso de forma direta. Trata-se de relação de causa (conduta) e efeito (resultado): nexos de causalidade.

Todavia, pode ocorrer de, aliada à conduta do agente, outra causa contribuir para o resultado. É a chamada concausa.

Esta “concausa” pode ser absolutamente independente ou relativamente independente, dependendo se teve ou não origem na conduta do agente.

2.1.1. Causas absolutamente independentes

São aquelas que **não têm origem na conduta do agente**. A expressão “absolutamente” serve para designar que a outra causa independente por si só produziu o resultado. São causas que não se inserem na linha do desdobramento natural da conduta do agente, ou seja, causas inusitadas, desvinculadas da ação do agente, surgindo de fonte distinta.

Há, na verdade, uma **quebra do nexos causal**.

São três as espécies de causas absolutamente independentes:

a) Preexistentes

Trata-se de causa que existia antes da conduta do agente e produz o resultado independentemente da sua atuação. Ou seja, com ou sem a ação do agente o resultado ocorreria do mesmo modo.

Ex.: o agente desferiu um disparo de arma de fogo contra a vítima, que, no entanto, vem a falecer pouco depois, não em consequência dos ferimentos recebidos, mas porque antes ingerira veneno com a intenção de se suicidar.

b) Concomitantes

São as causas que não têm nenhuma relação com a conduta e produzem o resultado independentemente desta, no entanto, por coincidência, atuam exatamente no instante em que a ação é realizada.

Ex.: “A” desferiu golpe de faca contra “B” no exato momento em que este vem a falecer exclusivamente por força da queda da marquise de um prédio em sua cabeça.

c) Supervenientes

São causas que atuam após a conduta. Ou seja, que surgem depois da conduta desenvolvida pelo agente.

Ex.: “A” ministra veneno na alimentação de “B”. Antes de o veneno produzir efeitos, há um desabamento ou incêndio na casa da vítima, que morre exclusivamente por

conta dos escombros que caíram sobre sua cabeça ou queimada pelo fogo.

▷ **Consequência.** Quando a causa é absolutamente independente da conduta do sujeito, o problema é resolvido pelo *caput* do art. 13: há exclusão da causalidade decorrente da conduta. Ou seja, o agente responde somente por aquilo que deu causa. Nos exemplos, a causa da morte não tem ligação alguma com o comportamento do agente. Em face disso, ele não responde pelo resultado morte, mas, sim, pelos atos praticados antes de sua produção. Isso porque ocorreu quebra do nexos causal. Assim, se o dolo era de matar, o agente responderia por tentativa de homicídio.

▷ **Cuidado!** Se o enunciado apontar dolo de lesão corporal, por exemplo, o agente responderá por aquilo que deu causa: lesão corporal (leve, grave ou gravíssima).

2.1.2. Causas relativamente independentes

Como são causas independentes, produzem por si só o resultado, não se situando dentro da linha de desdobramento causal da conduta. Por serem, no entanto, apenas relativamente independentes, **encontram sua origem na própria conduta praticada pelo agente**.

Aqui não há, de regra, uma quebra do nexos causal, mas uma soma entre as causas, que, ao final, conduzem ao resultado lesivo.

Também são três as espécies de causas relativamente independentes:

a) Preexistentes

A causa que efetivamente gerou o resultado já existia ao tempo da conduta do agente, que concorreu para a sua produção.

Nesse caso, como há uma soma de causas e não quebra do nexos causal, o agente responde pelo resultado pretendido. No caso, homicídio consumado, a menos que não tenha concorrido para ele com dolo ou culpa.

Isso porque, segundo doutrina majoritária, a imputação do resultado ao agente exige que ele tenha conhecimento do estado de saúde do agente (que denota dolo) ou que, pelo menos, lhe fosse previsível (indicativo de culpa).

Assim, se, por exemplo, o agente não sabia do estado de saúde da vítima ou não lhe era previsível, não poderia lhe ser atribuído o resultado morte; responderia, pois, pelo delito de tentativa de homicídio

(se agiu com a intenção de matar). Da mesma forma, se pretendia ferir a vítima, agredindo-a com um soco e esta, em razão da hemofilia, desconhecida pelo agente, vem a falecer em razão da eclosão de uma hemorragia, o agente somente será responsabilizado pelo delito de lesão corporal.

b) Concomitantes

A causa que efetivamente produziu o resultado surge no exato momento da conduta do agente.

Ex.: considera-se o ataque à vítima, por meio de faca, que, no exato momento da agressão, sofre ataque cardíaco, vindo a falecer, apurando-se que a soma desses fatores (causas) produziu a morte, já que a agressão e o ataque cardíaco, considerados isoladamente, não teriam o condão de produzir o resultado morte.

Nesse caso, como há uma soma de causas e não quebra do nexos causal, o agente responde pelo resultado pretendido. No caso, homicídio consumado, a menos que não tenha concorrido para ele com dolo ou culpa.

c) Supervenientes (art. 13, § 1º, do CP)

A causa que efetivamente produziu o resultado ocorre depois da conduta praticada pelo agente.

Ex.: o agente desferiu um golpe de faca contra a vítima, com a intenção de matá-la. Ferida, a vítima é levada ao hospital e sofre acidente no trajeto, vindo, por este motivo, a falecer. A causa é independente, porque a morte foi provocada pelo acidente e não pela facada, mas essa independência é relativa, já que, se não fosse o ataque, a vítima não estaria na ambulância acidentada e não morreria. Tendo atuado posteriormente à conduta, denomina-se causa superveniente.

Na hipótese das causas supervenientes, embora exista nexos físico-naturalístico, a lei, por expressa disposição do art. 13, § 1º, do CP, que excepcionou a regra geral, exclui a imputação do resultado ao agente, devendo, no entanto, responder pelos atos anteriores efetivamente praticados. Assim, o agente não responde pelo resultado ocorrido, mas somente pelos atos anteriores, que, no caso, foi tentativa de homicídio.

▷ **Cuidado!** Se o enunciado apontar dolo de lesão corporal, por exemplo, o agente responderá pelos atos anteriores praticados, no caso, lesão corporal (leve, grave ou gravíssima).

2.2. Relevância da omissão: crimes omissivos (art. 13, § 2º, do CP)

O crime omissivo configura-se quando o agente deixa de fazer aquilo que poderia e deveria fazer, que estaria obrigado em virtude de lei.

Os crimes omissivos podem ser próprios ou impróprios (ou comissivos por omissão).

2.2.1. Crimes omissivos próprios

São aqueles em que há um tipo penal específico descrevendo a conduta omissiva. O verbo nuclear do tipo descreve uma conduta omissiva. Nesse caso, o crime consiste em o sujeito amoldar a sua conduta ao tipo legal que descreve uma conduta omissiva. Em síntese, o agente será responsabilizado por não cumprir o dever de agir contido implicitamente na norma incriminadora.

Exemplo: crime de omissão de socorro:

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

2.2.2. Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão (art. 13, § 2º, do CP)

Têm a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento, desde que, evidentemente, seja possível agir.

Para que alguém responda por crime comissivo por omissão é preciso que tenha o dever jurídico de impedir o resultado, previsto no art. 13, § 2º, do CP:

a) Ter por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância

Nesse caso, por expressa imposição da lei, o agente estará obrigado a agir para evitar o resultado. Assim, se o agente se omitir, ou seja, deixar de agir, quando lhe era possível, responderá pelo resultado gerado. Ex.: mãe que deixa de alimentar o filho, que, por conta da sua negligência, acaba morrendo por inanição. Essa mãe deverá responder pelo resultado gerado, qual seja, homicídio culposo. Se, de outro lado, a mãe desejou a morte do filho ou assumiu o risco de produzi-la, responderá por homicídio doloso.

b) De outra forma, assumir a responsabilidade de impedir o resultado

Aqui a obrigação de agir para evitar o resultado não decorre de lei, mas do fato de o agente ter assumido a responsabilidade de impedi-lo. Ex.: babá que, por negligência, deixa de cumprir corretamente sua

obrigação de cuidar da criança, que acaba caindo na piscina e, por isso, morre afogada. Nesse caso, responderá pelo resultado gerado, qual seja, homicídio culposo. Se, de outro lado, desejou a morte da criança ou assumiu o risco de produzi-la, responderá por homicídio doloso.

c) Com o comportamento anterior, criar o risco da ocorrência do resultado

Nesta hipótese, o sujeito, com o comportamento anterior, cria situação de perigo para bens jurídicos alheios penalmente tutelados, de sorte que, tendo criado o risco, fica obrigado a evitar que ele se degenere ou desenvolva para o dano ou lesão. Ex.: aluno veterano, por ocasião de um trote acadêmico, sabendo que a vítima não sabe nadar, joga o incauto calouro na piscina. Nesse caso, contrai o dever jurídico de agir para evitar o resultado, sob pena de responder por homicídio.

2.3. Iter criminis e tentativa (art. 14 do CP)

2.3.1. Iter criminis

Iter criminis significa literalmente “caminho do crime”. Trata-se do caminho percorrido pelo agente para a prática da infração penal, passando pela ideação até chegar à consumação. Em síntese, *iter criminis* é o conjunto de fases pelas quais passa o delito.

O primeiro momento do *iter criminis* é a **cogitação**. O agente idealiza, internamente, a atividade criminosa. Toda essa representação ainda se encontra no plano interno do agente, ou seja, ainda não há exteriorização de nenhum ato. É exatamente por isso que a fase da cogitação não é punível.

Nos **atos preparatórios**, o agente passa da cogitação para a exteriorização da sua atividade criminosa, buscando, previamente ao início da execução, os elementos necessários para o desenvolvimento da conduta delituosa. É a partir dos atos preparatórios que o agente começa a materializar, ou seja, exteriorizar sua busca pela consumação da infração penal. A aquisição de uma arma, por exemplo, para a prática do homicídio constitui ato preparatório. Da mesma forma, o estudo do local do crime, buscando identificar a melhor hora e forma de ingressar no ambiente, constitui ato preparatório do crime de furto.

Os atos preparatórios, via de regra, não são puníveis, nem na forma tentada, uma vez que, nos termos do art. 14, II, do CP, afigura-se necessário o início da execução do delito, com a realização da conduta nuclear descrita no tipo penal.

Todavia, em casos excepcionais, o legislador descreve atos que na sua concepção seriam preparatórios como delitos autônomos, por exemplo, os crimes de associação criminosa (art. 288 do CP) e petrechos para falsificação de moedas (art. 291 do CP).

Nos atos executórios, o agente passa a desenvolver conduta voltada a realizar o verbo nuclear do tipo. A partir dos atos executórios, o fato passa a ser punível, ao menos na forma tentada. Isso porque o próprio art. 14, II, do CP atrelou a tentativa ao início da execução do crime, condicionando, pois, sua punibilidade ao início da prática de atos executórios.

A consumação é o momento de conclusão do delito, reunindo todos os elementos do tipo penal.

O exaurimento não integra o *iter criminis*, que encerra com a consumação. O crime exaurido, também chamado de esgotado, é aquele no qual, após ser alcançada a consumação, continua produzindo efeitos decorrentes da conduta lesiva do agente.

A consumação do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP) ocorre com a solicitação da vantagem indevida. O efetivo proveito ulterior com o recebimento dessa vantagem não integra o *iter criminis*, constituindo-se no exaurimento do crime.

2.3.2. Tentativa (art. 14, II, do CP)

Nos termos do art. 14, II, do CP, para caracterizar ao menos crime tentado, deve o agente passar pelos atos preparatórios e **dar início à execução do delito**, que, por razões alheias à sua vontade, **não alcance a consumação**.

2.3.2.1. Algumas infrações que não admitem a tentativa

a) Crimes culposos

No crime culposo, o agente não deseja nem assume o risco na produção do resultado. O resultado, pois, é involuntário. Na tentativa, o agente deseja ou assume o risco na produção do resultado, que, no entanto, não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. Logo, verifica-se a absoluta incompatibilidade entre o crime culposo e a tentativa.

Há, no entanto, uma classe de crimes culposos que admitem a tentativa: culpa imprópria.

b) Crimes preterdolosos

Nos crimes preterdolosos, a conduta é desenvolvida de forma dolosa, mas o resultado agravador é culposo. Assim, como no crime preterdoloso o resultado agravador não é desejado pelo agente,

não há falar em tentativa, que pressupõe a não consumação do delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

c) Contravenções penais

Nos termos do art. 4º do Decreto-lei nº 3.688/1941, “não é punível a tentativa de contravenção”.

d) Crimes omissivos próprios

Os crimes omissivos próprios não admitem tentativa, porque não se afigura possível fracionar a conduta omissiva do agente. Isso porque ou o agente observa o seu dever de agir implícito no tipo penal, e o crime se consuma; ou pratica a conduta, e não há crime.

Os crimes omissivos impróprios admitem tentativa.

e) Crimes unissubsistentes

Os crimes unissubsistentes ou de ato único não admitem tentativa, diante da impossibilidade de fracionamento dos atos de execução. Ou seja, não é possível dar início à execução do delito e não atingir a consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente.

2.4. Desistência voluntária e arrependimento eficaz (art. 15 do CP)

Na desistência voluntária e no arrependimento eficaz, o agente dá início à execução do delito, mas não consuma por vontade própria, ou porque desistiu de prosseguir nos atos executórios, ou porque se arrependeu eficazmente.

2.4.1. Desistência voluntária

A desistência voluntária caracteriza-se por um comportamento negativo do agente, que, após dar início à execução do delito, adota uma postura de abstenção, ou seja, **cessa o seu comportamento delitivo, não leva adiante a atividade executória**; mesmo podendo prosseguir, desiste da realização típica.

Tomemos como exemplo a conduta do agente que, com a intenção homicida, desfere um disparo de arma de fogo contra a vítima, acertando-a em região não letal. Podendo prosseguir, já que tinha mais cinco balas no revólver, o agente resolve, por vontade própria, não efetuar mais disparos, deixando a vítima sobreviver.

2.4.2. Arrependimento eficaz

No arrependimento eficaz, o agente, após ter esgotado todos os meios à sua disposição para a

consumação do delito, arrepende-se e, adotando uma postura ativa, impede que o resultado se produza.

Exemplo: agente que, com a intenção homicida, após efetuar disparos de arma de fogo contra a vítima, utilizando todas as balas do revólver, arrepende-se e, adotando postura ativa, leva a vítima até o hospital, que, submetida a intervenção cirúrgica exitosa, acaba sobrevivendo.

2.4.3. Consequência

Nos termos da parte final do art. 15 do CP, verificada hipótese de desistência voluntária ou arrependimento eficaz, o agente jamais responderá pelo crime na modalidade tentada, já que, como visto, trata-se de causa excludente da tipicidade da tentativa, mas pelos atos até então praticados, se típicos.

Assim, o agente que ingressa numa residência e, por ato voluntário, desiste de consumir a subtração, não responderá por tentativa de furto, mas pelos atos até então praticados, quais sejam, violação de domicílio (art. 150 do CP).

2.5. Arrependimento posterior (art. 16 do CP)

Trata-se de **causa obrigatória de diminuição da pena** que incide quando o agente, responsável pelo crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, repara o dano provocado ou restitui a coisa, desde que de forma voluntária, até o recebimento da denúncia ou da queixa.

Assim, se o agente subtraiu uma TV do seu local de trabalho e, ao chegar em casa com a coisa subtraída, é convencido pela esposa a devolvê-la, o que efetivamente vem a fazer no dia seguinte, mesmo quando o fato já havia sido registrado na delegacia, haverá arrependimento posterior, com reflexo na dosimetria da pena.

2.6. Crime impossível (art. 17 do CP)

O **crime impossível por ineficácia absoluta do meio** guarda relação com o meio de execução ou instrumento utilizado pelo agente, que, por sua natureza, será incapaz de produzir qualquer resultado, ou seja, jamais alcançará a consumação do delito. É o caso do agente que, pretendendo matar a vítima, usa como meio executório arma completamente defeituosa, que jamais efetuará qualquer disparo.

O **crime impossível pela impropriedade absoluta do objeto** guarda relação com o objeto material, compreendendo a pessoa ou coisa sobre o qual recai a conduta do agente. Tomemos como exemplo a conduta do agente que, pretendendo matar a

vítima, desferiu vários disparos de arma de fogo contra o seu corpo, verificando-se, após, que, ao receber os disparos, já se encontrava morta, em decorrência de ter sofrido, momentos antes, fulminante ataque cardíaco. Evidente, neste caso, a impropriedade absoluta do objeto, diante da impossibilidade de ceifar a vida de pessoa que já estava morta.

2.7. Crime doloso e culposo (art. 18 do CP)

2.7.1. Crime doloso

Com o sistema finalista, o dolo passou a integrar a conduta, elemento do fato típico. Trata-se de um elemento psicológico introduzido no tipo penal, característico do crime doloso.

Dolo direto, também chamado dolo determinado, intencional, imediato ou incondicionado, é aquele que se caracteriza pela vontade do agente estar dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto. No dolo direto, o agente quer o resultado por ele anteriormente representado. **Adota-se a teoria da vontade.**

No **dolo de primeiro grau**, o agente desenvolve conduta com vontade e consciência de atingir determinado resultado. O dolo do agente é voltado a atingir um único bem jurídico, produzindo, pois, único resultado. Em síntese, no dolo direto de primeiro grau, o resultado obtido era o objetivo principal da conduta. Ex.: agente que sai ao encaço e mata a vítima pretendida.

No **dolo de segundo grau** ou de consequências necessárias, o agente desenvolve conduta com vontade e consciência dirigida a produzir determinado resultado. Todavia, os meios empregados para alcançar o resultado desejado inexoravelmente produziram consequências necessárias, de efeitos colaterais de verificação certa. Imaginemos que o agente toma conhecimento que seu desafeto realizará uma viagem de carro com mais três amigos. Com a intenção de matar a vítima determinada, instala uma bomba no veículo, que, dada a potência da explosão, provoca a morte de todos os ocupantes do veículo. No caso, ainda que o agente pretendesse matar somente o seu desafeto, agiu consciente de que sua conduta provocaria necessariamente a morte dos demais passageiros do veículo. Tem-se, em relação aos demais passageiros, o dolo direto de segundo grau ou dolo de consequências necessárias.

Ocorre o **dolo eventual** quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Em relação ao dolo

eventual, adota-se a **teoria do consentimento ou assentimento**, inserta na expressão “assumiu o risco de produzi-lo”, encartada no art. 18, I, do CP. Tomemos como exemplo a conduta do agente que pretende atirar contra o seu desafeto, que se encontra conversando com outra pessoa. O agente prevê que também pode atingir a outra pessoa, mas segue em diante na sua conduta, assumindo o risco de errar o disparo contra o seu desafeto e atingir a outra pessoa, sendo-lhe indiferente quanto ao resultado que possa a vir a ser produzido em relação ao terceiro. Se efetuar disparos matando o seu desafeto e também a outra pessoa, o agente responderá por dois crimes de homicídio: o primeiro, a título de dolo direto; o segundo, a título de dolo eventual.

2.7.2. Teoria do crime culposo

É a conduta humana voluntária desenvolvida sem observar o dever de cuidado objetivo, que, por imprudência, negligência ou imperícia, produz um resultado involuntário, objetivamente previsível, que poderia ter sido evitado.

A inobservância do dever objetivo de cuidado, que é a quebra do dever de cuidado imposto a todos, é manifestada por meio de três modalidades de culpa, todas previstas no art. 18, II, do CP: imprudência, negligência e imperícia.

Imprudência: A conduta imprudente caracteriza-se por um agir positivo, sem a observância do dever de cuidado objetivo. Ocorre quando o agente pratica fato perigoso, de forma intempestiva e precipitada. Tomemos como exemplo condutor de veículo automotor que, imprimindo excessiva velocidade, atropela e mata um pedestre.

Negligência: Trata-se de modalidade negativa de culpa, em que a inobservância do dever de cuidado do agente é retratada pela ausência de cautela e precaução. É a culpa na forma de deixar de adotar as cautelas. Tomemos como exemplo o condutor de veículo que, antes de sair de viagem, deixa de reparar os pneus e verificar os freios.

Imperícia: A imperícia caracteriza-se pela falta de capacidade, preparo ou de conhecimentos técnicos suficientes de agente autorizado a desempenhar determinada arte, profissão ou ofício. Assim, se um médico cirurgião, que não domina determinada técnica inerente à certa intervenção cirúrgica, causar a morte do paciente, responderá por homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP), já que agiu com imperícia no exercício da sua profissão.

Na **culpa consciente** há a previsão do resultado, mas o agente realiza a conduta considerando,

sinceramente, que nenhum resultado se produzirá ou, ainda, que reúne habilidade suficiente para evitá-lo. É a chamada culpa com previsão. Ex.: Leonardo conduz seu veículo por uma avenida. No banco do carona está sua namorada, Célia. Durante o percurso, Leonardo imprime velocidade excessiva no veículo, gerando protestos por parte de Célia, que lhe pedia para reduzir a velocidade. Leonardo responde dizendo que nada aconteceria, até porque era um excelente motorista. Todavia, ao fazer uma curva, Leonardo perde o controle do veículo e atropela uma pessoa, causando-lhe a morte. Diante disso, Leonardo responderá pelo crime de homicídio culposo na condução de veículo automotor (art. 302 da Lei nº 9.503/1997). Note-se que, no caso, havia por parte do motorista a previsibilidade do resultado, que não era aceito nem esperado e, ainda, a leviana percepção de que sua habilidade como condutor impediria a produção de qualquer evento lesivo.

Culpa Consciente

- Previsão do resultado;
- Acredita que o resultado não irá ocorrer;
- Considera ter habilidade para evitar o resultado.

Dolo Eventual

- Previsão do resultado;
- Assume o risco de produzir o resultado;
- Aceita o resultado.

2.8. Erro de tipo essencial e erro de proibição

2.8.1. Erro de tipo essencial

O erro de tipo essencial é aquele que repercute na própria tipificação da conduta do agente, pois, se não tivesse a falsa percepção da realidade, o agente não teria praticado o fato típico, ou, pelo menos, não nas circunstâncias que envolveram o contexto fático.

O erro de tipo essencial pode ser:

a) Invencível, inevitável, escusável

É aquele erro em que qualquer pessoa, nas mesmas circunstâncias, incorreria. É o erro inevitável, desculpável ou escusável, que não poderia ser evitado, mesmo por uma pessoa cautelosa e prudente.

Tomemos como exemplo a conduta de uma estudante que deixa seu celular carregando na tomada da sala de aula e sai para comprar café na cantina do local. Quando retorna, retira um celular da tomada que, na verdade, não era o seu aparelho, mas de sua colega, que havia colocado um celular idêntico para carregar em substituição ao da estudante.

Nesse caso, há evidente erro de tipo, pois a estudante, por conta da falsa percepção da realidade (supôs ser seu o celular, já que idêntico), errou em relação ao elemento “alheio” do tipo que define o crime de furto. E, trata-se de erro de tipo invencível, porque qualquer pessoa, nas circunstâncias, consideraria que era o seu telefone celular que estava carregando na tomada em que havia deixado.

O erro de tipo invencível, inevitável ou escusável exclui o dolo e a culpa. Sendo a conduta elemento do fato típico, a ausência de dolo ou culpa leva à atipicidade da conduta.

b) Vencível, evitável ou inescusável

É aquele erro em que uma pessoa mais cautelosa e prudente, nas mesmas circunstâncias, não incorreria. É o erro evitável, indesculpável ou inescusável, que uma pessoa cautelosa e prudente teria evitado. Assim, se o fato for punido sob a forma culposa, o agente responderá por crime culposos. Quando o tipo, entretanto, não admitir essa modalidade, a consequência será inexoravelmente a exclusão do crime, já que configurará fato atípico.

No exemplo do caçador que praticava a caça em mata próxima à zona urbana, onde havia circulação de pessoas, o agente responderá pelo crime de homicídio culposos, já que se trata de erro de tipo vencível.

2.8.2. Do erro de proibição (art. 21 do CP)

O erro de proibição é o **erro que incide sobre a ilicitude do fato**. Encontra-se disciplinado no art. 21 do CP.

No erro de proibição, o agente tem consciência da conduta praticada, mas lhe falta potencial consciência da ilicitude do fato.

O **erro de proibição escusável, inevitável ou invencível** ocorre quando o erro sobre a ilicitude do fato é impossível de ser evitado, valendo-se o ser humano da sua diligência ordinária. Ex.: um telejornal de alcance nacional informa, de forma equivocada, a aprovação da lei que autoriza a eutanásia de doentes em estágio terminal. Não havendo nenhuma razão para duvidar da veracidade da notícia, o agente dirige-se até o hospital e desliga os aparelhos que mantinham vivo um ente querido, que se encontrava sofrendo com a doença que o acometia e em estágio terminal, causando-lhe a morte. Praticou fato típico e ilícito, mas lhe faltou potencial consciência da ilicitude, incidindo o erro de proibição inevitável, cuja consequência será a exclusão da culpabilidade.

O **erro de proibição inescusável ou evitável** ocorre quando o erro sobre a ilicitude do fato que não se justifica, pois, se tivesse havido um mínimo de empenho em se informar, o agente poderia ter tido conhecimento da realidade. O critério de aferição do erro de proibição inescusável, vencível ou evitável encontra-se no parágrafo único do art. 21 do CP, segundo o qual “considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”. Tratando-se de erro de proibição evitável, permanece hígida a culpabilidade do agente, **sendo, no entanto, causa de diminuição da pena de um sexto a um terço.**

2.9. Erro de tipo accidental

2.9.1. Erro quanto à pessoa (art. 20, § 3º, do CP)

O erro sobre pessoa, previsto no art. 20, § 3º, do CP, incide quando o agente desenvolve conduta voltada a atingir a pessoa pretendida, mas, confundindo-se em relação à sua identidade, atinge pessoa diversa.

Consideremos, por exemplo, a hipótese do filho desalmado que, pretendendo matar seu pai, realiza disparos de arma de fogo contra o homem que estava na varanda da residência do genitor, causando a morte deste. O filho, então, deixa o local satisfeito, por acreditar ter concluído seu intento delitivo, mas vem a descobrir que matara um amigo de seu pai, que contava com 65 anos de idade, que, de costas, era com ele parecido.

Nesse caso, nos termos do art. 20, § 3º, do CP, consideram-se as condições e qualidades da vítima pretendida. Logo, o filho desalmado responderá pelo crime de homicídio, com a incidência da agravante de ter praticado crime contra ascendente, prevista no art. 61, II, e, 1ª parte, do CP.

2.9.2. Erro na execução ou *aberratio ictus* (art. 73 do CP)

A *aberratio ictus* pode ocorrer quando, **por acidente**, o agente, em vez de atingir a pessoa pretendida, atinge pessoa diversa. Suponhamos, nesse caso, que o agente pretende matar Wilson, deixando na sua mesa de trabalho uma xícara de café contendo veneno. Todavia, quem toma o café é Pedro, que acaba falecendo.

Pode ocorrer também quando, **por erro nos meios de execução**, o agente, em vez de atingir a pessoa pretendida, atinge pessoa diversa.

Ex.: agente pretendendo matar Wilson, visualiza a vítima, tendo-a como certa, faz a mira e efetua o disparo, mas, no entanto, erra o alvo pretendido, atingindo pessoa diversa, que se encontrava próxima ao local.

A consequência jurídica da conduta do agente encontra-se retratada no art. 73, 1ª parte, do CP, que faz expressa remissão ao art. 20, § 3º, do CP. Ou seja, na hipótese de erro na execução, deve-se observar o disposto no art. 20, § 3º, segundo o qual, embora tenha atingido pessoa diversa, o agente deve receber tratamento penal considerando-se as condições ou qualidades da pessoa pretendida (vítima virtual), desprezando-se as condições pessoais da vítima efetivamente atingida.

Na *aberratio ictus* com resultado duplo, o agente, além de atingir a vítima pretendida, atinge também pessoa diversa. Nesse caso, com uma única ação, o agente produz mais de um resultado: atinge a pessoa pretendida e também pessoa diversa. Por essa razão, o art. 73, 2ª parte, do CP faz expressa remissão ao art. 70 do CP, devendo ser aplicada a regra do concurso formal de crimes.

2.9.3. Resultado diverso do pretendido ou *aberratio criminis* (art. 74 do CP)

Na *aberratio criminis*, o agente pretende ofender determinado bem jurídico, mas, por acidente ou erro na execução, acaba produzindo resultado diverso do pretendido. Na verdade, o agente pretendia praticar um crime, mas acaba praticando crime diverso do pretendido.

Na *aberratio criminis* com unidade simples, o agente somente atinge o bem jurídico diverso do pretendido. Ou seja, o agente quer atingir uma coisa e atinge uma pessoa.

Nesse caso, o agente responde pelo resultado produzido a título de culpa, se o fato é previsto como crime culposos.

Assim, se o agente, pretendendo atingir o veículo do desafeto, com o intuito de praticar o crime de dano, por erro na execução, não atingir o objeto, mas somente uma pessoa que se encontrava próxima ao local, responderá por lesão corporal culposa (art. 129, § 6º, do CP), se resultar lesão corporal; ou por homicídio culposos (art. 121, § 3º, do CP), se resultar morte.

Na *aberratio criminis* com resultado duplo, o agente, além de praticar o crime pretendido, também acaba produzindo um resultado diverso do pretendido. Ou seja, com uma ação ou omissão, acaba provocando dois resultados. Nesse caso, como

expressamente prevê a parte final do art. 74 do CP, aplica-se a regra do concurso formal de crimes (art. 70 do CP), considerando-se a pena do crime mais grave aumentada de um sexto até metade, de acordo com o número de resultados diversos produzidos.

2.10. Discriminante putativa

2.10.1. Conceito

É a causa excludente da ilicitude erroneamente imaginada pelo agente. Ela não existe na realidade, mas o sujeito pensa que sim, porque está errado. Só existe, portanto, na mente, na imaginação do agente. Por essa razão, é também conhecida como discriminante imaginária ou erroneamente suposta.

Logo, é possível que o sujeito, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias do caso concreto, suponha encontrar-se em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou em exercício regular do direito. Quando isso ocorre, aplica-se o disposto no art. 20, § 1º, 1ª parte.

2.10.2. Espécies

a) Discriminante putativa por erro de tipo

É um erro de tipo essencial incidente sobre elementos de um tipo permissivo. Os tipos permissivos são aqueles que permitem a realização de condutas inicialmente proibidas. Compreendem os que descrevem as causas de exclusão da ilicitude.

Ocorrerá um erro de tipo permissivo quando o agente, erroneamente, imaginar uma situação de fato totalmente diversa da realidade, em que estão presentes os requisitos de uma causa de justificação.

Assim, por exemplo, se o agente praticar uma conduta supondo estar diante de uma agressão injusta, mas que, na verdade, não existe. Trata-se de legítima defesa putativa.

O agente pratica uma conduta supondo estar numa situação de perigo, que, na verdade, não existe. Trata-se de estado de necessidade putativo.

Os efeitos são os mesmos do erro de tipo, já que a discriminante putativa por erro de tipo não é outra coisa senão erro de tipo essencial incidente sobre tipo permissivo.

Assim, se o erro for vencível, o agente responde por crime culposo, já que o dolo será excluído, da mesma forma como sucede com o erro de tipo propriamente dito; se o erro for inevitável, excluir-se-ão o dolo e a culpa e não haverá crime.

Cuidando-se de erro invencível, há exclusão do dolo e culpa.

Tratando-se de erro vencível, responde o sujeito por crime culposo, se prevista a modalidade culposa. Provando-se que o sujeito não foi diligente ao se verificar as circunstâncias do fato, responde por crime de homicídio culposo (art. 20, § 1º, do CP).

b) Discriminante putativa por erro de proibição

O agente tem perfeita noção de tudo o que está ocorrendo. Não há qualquer engano acerca da realidade. Não há erro sobre a situação de fato. Ele supõe que está diante da causa que exclui o crime, porque avalia equivocadamente a norma: pensa que esta permite, quando, na verdade, ela proíbe; imagina que age certo, quando está errado; supõe que o injusto é justo.

O sujeito imagina estar em legítima defesa, estado de necessidade etc., porque supõe estar autorizado e legitimado pela norma a agir em determinada situação.

Ex.: uma pessoa de idade avançada recebe um violento tapa em seu rosto, desferido por um jovem atrevido. O idoso tem perfeita noção do que está acontecendo, sabe que seu agressor está desarmado e que o ataque cessou. Não existe, portanto, qualquer equívoco sobre a realidade concreta. Nessa situação, no entanto, imagina-se equivocadamente autorizado pelo ordenamento jurídico a matar aquele que o humilhou, atuando, assim, em legítima defesa de sua honra.

Ocorre aqui uma discriminante (a legítima defesa é causa de exclusão da ilicitude) putativa (imaginária, já que não existe no mundo real) por erro de proibição (pensou que a conduta proibida fosse permitida). No exemplo dado, a discriminante, no caso a legítima defesa, foi putativa, pois só existe na mente do homicida, que imaginou que a lei lhe tivesse permitido matar. Essa equivocada suposição foi provocada por erro de proibição, isto é, por erro sobre a ilicitude da conduta praticada.

As consequências dessa discriminante putativa encontram-se no art. 21 do CP e são as mesmas do erro de proibição direto ou propriamente dito.

O dolo não pode ser excluído, porque o engano incide sobre a culpabilidade e não sobre a conduta (por isso, erro de proibição). Se o erro for inevitável, o agente terá cometido um crime doloso, mas não responderá por ele; se evitável, responderá pelo crime doloso, com pena diminuída de um sexto a um terço.

2.10.3. Consequências

No contexto das discriminantes putativas, aplica-se a teoria limitada da culpabilidade.

Pela teoria limitada da culpabilidade, quando a discriminante putativa incidir sobre pressupostos de uma situação de fato (ex.: o agente imaginar que está diante de uma injusta agressão, mas que era imaginária. Supor que o desafeto sacaria uma arma, quando, na verdade, era um celular), o efeito em relação à conduta do agente é o mesmo do erro de tipo (art. 20 do CP): se o erro foi invencível, exclui o dolo e a culpa; se vencível, exclui o dolo, mas o agente responde pelo delito culposos, se previsto em lei.

Agora, se a discriminante putativa recair sobre pressupostos dos limites legais das excludentes, ou seja, apesar de conhecer a situação de fato, ignora a ilicitude do comportamento (supõe ser comportamento lícito), o efeito será o mesmo do erro de proibição: se inevitável, o agente será isento de pena; se evitável, o agente responde pelo delito, mas terá a pena reduzida (art. 21 do CP). Ex.: um senhor de idade recebe um soco de um jovem rapaz e acredita estar autorizado a revidar, lesionando-o gravemente por conta do desaforo. O senhor sabe exatamente o que está fazendo, mas ignora que sua conduta será ilícita (que, no caso, não se trata de hipótese de legítima defesa). É o caso das discriminantes putativas por erro de proibição.

2.11. Coação moral irresistível e obediência hierárquica (art. 22 do CP)

2.11.1. Coação moral irresistível

Na coação moral, o agente coator, para alcançar o resultado desejado, emprega grave ameaça contra o coagido, que, por medo de suportar um mal grave contra si ou contra outrem, acaba realizando a conduta criminosa exigida. A coação empregada pelo agente vicia a vontade do coagido, retirando-lhe a exigência de se comportar de modo diferente. Nesse caso, em relação ao coagido, incide a causa de exclusão da culpabilidade decorrente da inexigibilidade de conduta diversa.

Ex.: se o sujeito é coagido a assinar um documento falso, responde pelo crime de falsidade o autor da coação. O coato não responde pelo crime, uma vez que sobre o fato incide a causa de exclusão da culpabilidade. Assim, quando o sujeito comete o fato típico e antijurídico sob coação moral irresistível, não há culpabilidade em face da inexigibilidade de outra conduta (não é reprovável o comportamento). A culpabilidade desloca-se da figura do coato para a do coator.

Convém sinalar que, se o sujeito pratica o fato sob coação física irresistível, não praticará crime por ausência de conduta. Trata-se de causa excludente da tipicidade.

2.11.2. Obediência hierárquica

Obediência hierárquica decorre da conduta do subordinado que, por força de ordem não manifestamente ilegal emanada por superior hierárquico, pratica fato típico e ilícito.

A ordem não manifestamente ilegal é aquela que revela aparente legalidade, mas que, na realidade, é contrária ao direito. O subordinado, por força da ordem emanada do superior hierárquico, realiza a conduta que lhe foi ordenada, considerando-a lícita, quando, na realidade, constitui fato típico e ilícito.

Tomemos como exemplo a hipótese de um Delegado de Polícia que determina a um inspetor de polícia recém-empossado na instituição que conduza um desafeto até a Delegacia, sem nenhuma razão plausível para isso. Desconhecendo os motivos do superior hierárquico, o subordinado cumpre estritamente a ordem. Nesse caso, o subordinado não será responsabilizado criminalmente, já que incide em seu favor a causa excludente de culpabilidade. O crime de abuso de autoridade deve ser atribuído exclusivamente ao autor da ordem.

Se a ordem for manifestamente ilegal, tanto o superior hierárquico quanto o subordinado responderão pelo delito praticado. Nesse caso, para o superior hierárquico incide a agravante genérica descrita no art. 62, III, 1ª parte, do CP. E em relação ao subordinado, aplica-se a atenuante prevista no art. 65, III, c, do CP.

2.12. Excludentes de ilicitude (art. 23 do CP)

As causas legais de exclusão de ilicitude estão previstas no art. 23 do CP: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

2.12.1. Estado de necessidade (art. 24 do CP)

Nos termos do art. 24 do CP, estado de necessidade é a causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar o perigo atual, o qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir.

Tem como fundamento um estado de perigo para certo interesse jurídico, que somente pode ser resguardado mediante a lesão de outro.

Ex.: um pedestre joga-se na frente de um motorista, que, para preservar a vida humana, opta por desviar e colidir com outro que se encontrava estacionado nas

proximidades. Entre sacrificar uma vida e um bem material, o agente fez a opção claramente mais razoável. Não pratica crime de dano, pois o fato, apesar de típico, não é ilícito.

2.12.2. Legítima defesa (art. 25 do CP)

A legítima defesa, nos termos em que é proposta pelo nosso Código Penal, exige a presença simultânea dos seguintes requisitos: a) agressão injusta; b) atual ou iminente; c) contra direito próprio ou alheio; d) reação com os meios necessários; e) moderação no uso dos meios necessários; f) elemento subjetivo: consciência de que está reagindo a injusta agressão.

A agressão injusta deve decorrer de ação ou omissão humana. Não há legítima defesa contra ataque instintivo e espontâneo de um animal, porque ausente consciência e vontade inerente à agressão. Nesse caso, como vimos, o agente estará diante de uma situação de perigo, ensejando a incidência do estado de necessidade.

Convém registrar, no entanto, que, se o agente ataca um animal, cão feroz, por exemplo, a atacar a vítima, estaremos diante de uma agressão injusta, não em decorrência do comportamento do animal, mas pela conduta do agente instigador, que usou o cão como verdadeira arma ou instrumento de ataque. Nesse caso, tratando-se de agressão injusta humana (agente que atçou o animal a atacar), a vítima poderá praticar um fato típico, que não será ilícito, porque estará amparada pela legítima defesa.

A Lei nº 13.964/2019 introduziu o parágrafo único ao art. 25 do CP, segundo o qual “Observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”. É o caso, por exemplo, de o agente de segurança efetuar disparos contra o sujeito que, durante a prática de roubo a banco, mantém vítima refém.

2.12.3. Estrito cumprimento do dever legal

Estará ao abrigo do estrito cumprimento do dever legal o agente que praticar um fato típico em face do cumprimento de um dever observando rigorosamente os limites impostos pela lei, de natureza penal ou não. Ex.: policial que prende o agente em flagrante ou mediante cumprimento de mandado de prisão, embora atinja o seu direito de liberdade, não comete crime algum, porque amparado pelo estrito cumprimento do dever legal.

2.12.4. Exercício regular de direito

A Constituição Federal dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II). Logo, se a lei autoriza o agente a praticar determinada conduta, não poderá, à evidência, considerá-la ilícita.

Qualquer pessoa pode exercitar um direito subjetivo ou uma faculdade prevista em lei (penal ou extrapenal). Exemplo clássico é do particular que realiza a prisão em flagrante, conforme prevê o art. 301 do CPP. A prática de determinadas atividades esportivas produz, invariavelmente, lesões corporais, tais como o futebol, o boxe e a luta livre.

2.12.5. Consentimento do ofendido

O consentimento do ofendido, como causa excludente de ilicitude, incide nos crimes em que é o único titular do bem ou interesse penalmente tutelado, e que pode dele livremente dispor, ou seja, somente em relação a bens disponíveis.

As infrações penais que geralmente admitem a possibilidade do consentimento do ofendido, por tutelarem, em regra, bens disponíveis, envolvem: a) crimes contra o patrimônio, praticados sem violência ou grave ameaça; b) crimes contra a integridade física; c) crimes contra a honra; d) crimes contra a liberdade individual.

Assim, se o bem jurídico violado, ainda que seja de ação penal pública incondicionada, atingir interesse prevalentemente individual, poderá ser enquadrado no bloco dos bens jurídicos disponíveis. Imaginemos que o agente está praticando a subtração de um celular, momento em que é avistado pela vítima, que consente com o desapossamento, por considerar que as funções do aparelho já estão superadas. O fato é típico, pois se enquadra na descrição do modelo de conduta proibida prevista no art. 155 do CP; não será, contudo, ilícito, por força do consentimento da vítima, já que se trata de bem disponível.

3. DA IMPUTABILIDADE PENAL

Segundo a teoria limitada da culpabilidade adotada pelo Código Penal, os elementos da culpabilidade são: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa.

De outro lado, as causas excludentes de culpabilidade consistem na imputabilidade, falta de potencial consciência de ilicitude e inexistência de conduta diversa.