

Universidade Federal de Minas Gerais
Curso: Direito
Disciplina: Direito Penal I
Professor: Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt (luisbrodt@terra.com.br)
Monitor: Bernardo Rabelo



Bibliografia

BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. Saraiva.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Revista dos Tribunais.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANJELLI, José Henrique. Manual de Direito Penal. Revista dos Tribunais.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. Direito Penal. Revan.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. Saraiva.

LOPES, Jair Leonardo. Curso de Direito Penal. Saraiva.

Avaliações

06/11/12 – 1ª Prova. Livro: Introdução Crítica ao Direito Penal, Nilo Batista, Revan. Valor: 30 pontos.

11/12/12 – 2ª Prova. Livro: A Proteção de Bens Jurídicos Como Função do Direito Penal, Claus Roxin, Livraria dos Advogados. Valor: 30 pontos.

01/02/13 – 3ª Prova. Livro: Da Consciência da Licitude no Direito Penal Brasileiro, Luís Augusto Sanzo Brodt, Del Rey. Valor: 40 pontos.

OBS: a matéria de todas as provas é cumulativa.

Noções Preliminares

1. Denominação

A denominação *Direito Penal* é mais tradicional no Direito Contemporâneo. A denominação *Direito Criminal* também foi largamente usada no século passado, mas hoje predomina apenas entre os anglo-saxões.

2. Conceito (três acepções)

a) Objetiva (Direito Penal objetivo)

Conjunto de normas jurídicas onde estão definidos os crimes e previstas as suas consequências jurídicas¹. O Direito Penal objetivo inclui, além do Código Penal, a legislação extravagante, que regulamenta crimes ambientais (Lei 9605/98) e o tráfico de drogas (Lei 11343/2006).

b) Subjetiva (Direito Penal subjetivo)

Refere-se à faculdade que teria o Estado de dizer o que é crime e punir as pessoas que o praticam.

c) Ciência Penal (Dogmática Penal)

Foco do curso. Ramo do saber jurídico que fixa o âmbito legítimo de aplicação da pena, ou seja, delimita o exercício da mais grave forma de expressão do poder punitivo. A Ciência Penal tem uma função essencialmente crítica no contexto da modernidade jurídica. O Direito Penal deve ser sempre interpretado conforme a Constituição Federal, ampliadora de direitos e garantias. Parte da interpretação da norma, mas não se limita a isso. Vale-se de normas de outras partes do ordenamento jurídico e de outros conhecimentos para entender realmente o Direito Penal.

3. Características do D. Penal (Ciência ou Dogmática)

a) Normativo: elaboração e estudo da norma. Estuda o crime a partir do tratamento que a norma dirige ao fato criminoso.

b) Valorativo: a norma surge a partir da vontade do legislador, de acordo com o que ele considera como valor, e assim também são dispostas em uma escala hierárquica. A própria cominação da pena e suas espécies aplicáveis ao fato criminoso demonstram tal valoração, dado que determinam se o fato é mais ou menos grave.

c) Finalista: as normas são elaboradas e aplicadas tendo em vista a função do Direito Penal, que é a proteção de bens jurídicos. Sobre essa questão, discute-se se os fins do DP são de mera retribuição, de ressocialização, ou de prevenção (geral ou especial).

d) Sancionador: estabelece a sanção para violação de bens que já têm a proteção de outros ramos do Direito. Ainda, o DP acrescenta a sua tutela a alguns bens ou interesses não regulados em outras áreas do Direito. Nesse sentido, Zaffaroni afirma que o DP é predominantemente sancionador e excepcionalmente constitutivo.

¹ Menores de 18 anos e pessoas mentalmente incapazes podem ser inimputáveis, ou seja, as normas de DP não se aplicam a elas. Menores de 18 anos respondem ao ECA (no qual a pena mais séria é a internação em instituição própria) e pessoas mentalmente incapazes podem sofrer consequências como internação e tratamento psicológico (medida de segurança, prevista no Código Penal).

4. Relações do Direito Penal com outras ciências

a) Criminologia. A perspectiva do estudo do crime pela Criminologia é bem diferente do Direito Penal. A dogmática penal estuda o crime a partir na norma (dever-ser), ou seja, o tratamento que a norma dá ao fato criminoso. A criminologia, por outro lado, se ocupa do crime com base em dois paradigmas investigativos, que pretendem explicar o fenômeno da criminalidade (ser). O primeiro deles, o **paradigma etiológico (antropologia criminal)**, tem um enfoque zetético especulativo: o que leva o indivíduo a praticar crimes? A criminologia procura a origem e as causas do crime na pessoa que o cometeu. Cita-se aqui o ano de 1876, no qual foi lançada a obra *L'uomo Delinquente*, de César Lombroso, que é a obra fundamental do Direito Penal. Em sua obra, Lombroso afirma que o homem delinquente já nasce com uma predisposição para cometer crimes. Lombroso julgava ter encontrado uma subespécie de homem, baseado no fato de que descobriu uma cavidade particular no cérebro de homens delinquentes, chamada "fosseta occipital média". Além disso, ele afirmava que as feições de homens delinquentes denunciavam o tipo de crime que a pessoa era predisposta a cometer. Destaca-se também o ano de 1764, no qual César Beccaria lançou sua obra, *Dos Delitos e Das Penas*. O outro paradigma, o **paradigma da reação social (criminologia da reação social)**, é mais moderno, e analisa a reação social ao crime. Surge entre a década de 30 e 40 do século XX, com a obra *White Collar Crime*, de Edwin Sutherland. Segundo Sutherland, o foco seria estudar como o Estado reage à prática criminal. Como considera que todos delinquem de certa forma, o Estado seleciona aqueles que serão punidos, e afirma que algumas pessoas não são punidas por pertencerem a determinado estrato social. Sutherland propõe como o Estado deve selecionar essas pessoas.

b) Política Criminal. A política criminal faz uma crítica às normas vigentes. Ela analisa a conveniência de manter as opções que o legislador fez ao criminalizar as condutas ou reformar a legislação para melhorá-la e adequá-la à sociedade. Propõe-se que haja uma interação entre a dogmática e a política criminal. Segundo essa perspectiva de estudo do Direito Penal, a dogmática penal tende a se conformar à regulamentação disposta nos artigos do Código Penal.

5. Relações do Direito Penal com outros ramos do Direito

a) Constitucional

O Direito Penal estuda a relação entre o Estado e o agente do crime, e não entre o agente do crime e a vítima. Portanto, se aproxima mais das matérias de Direito Público. O DP deve se subordinar aos objetivos do Estado, exemplificados e determinados na Constituição. A norma penal sofre grande influência dos princípios que norteiam a existência do Estado Democrático de Direito², que é o modelo de Estado vigente no Brasil, determinado na Constituição. O DP deve se adequar aos princípios, às formas, às características, aos vínculos, aos compromissos e às finalidades do Estado Democrático de Direito. A ideia de enxergar o Direito Penal como *ultima ratio* parte do princípio que a aplicação da pena constitui sempre uma violência aos direitos fundamentais.

² Busca garantir e promover ao máximo os direitos fundamentais individuais e coletivos: vida, liberdade, propriedade, saúde, segurança, etc. Em um Estado Democrático de Direito não há primazia do interesse público sobre o privado ou vice versa, mas sim a co-originalidade de ambos.

b) Direito Processual Penal

Para que as penas previstas na legislação penal sejam efetivamente aplicadas deve haver um processo penal de acusação e defesa que leve a uma sentença dada por um juiz. Ou seja, se o criminoso deve ou não ser punido. Antes que a pessoa sofra uma sanção pelo seu crime, ela é submetida a um processo penal, no qual tem o direito de responder à sua acusação. Nenhuma pena pode ser aplicada a alguém sem que essa pessoa tenha o direito de se defender da acusação. O processo penal é uma etapa necessária que vai existir entre a ocorrência do crime e a aplicação da pena, determinando como deve tramitar a ação judicial que liga a infração da lei à punição. Há uma relação de independência mútua entre essas duas matérias do direito.

c) Direito Penitenciário (Direito da Execução Penal)

Ele estuda as condições de cumprimento da pena no país. A partir do momento em que uma pessoa entra para o sistema prisional, ela passa a ter uma série de direitos e deveres para com o sistema. O Direito Penitenciário é o estudo das normas específicas que regulamentam a conduta das pessoas incluídas no sistema prisional (Lei de Execução Penal).

d) Direito Privado

O Direito Penal é uma garantia para direitos consagrados por outros ramos do Direito, quando todos os demais meios falharem. Por exemplo, o direito à propriedade é instituído pelo Direito Civil, mas é assegurado pelo Direito Penal na medida em que este estabelece uma sanção a qualquer conduta que despreze esse direito. O DP tem com os ramos do Direito Privado uma relação de reforço e tutela.

6. Classificações do Direito Penal

a) Direito Penal objetivo e subjetivo

O Direito Penal objetivo coincide com a ideia de conjunto de normas penais positivadas. Constitui-se do conjunto de preceitos legais que regulam o exercício de *ius puniendi* (direito de punir) pelo Estado, definindo crimes e cominando as respectivas sanções penais. O Direito Penal subjetivo, por outro lado, é o próprio *ius puniendi*; ou seja, o direito de punição do Estado (o Estado é titular) em si. É limitado pelo DP objetivo. É importante observar que o Estado dispõe de um poder-dever, que não lhe é lícito deixar de exercer.

b) Direito Penal substantivo e adjetivo

Essa classificação remonta a uma época que não se distinguia o Direito Penal do Direito Processual Penal, portanto, atualmente ela perdeu sua importância e somente é estudada como interesse histórico. O Direito Penal substantivo (também conhecido como DP material) remete à parte do Direito Penal que cuida da descrição dos crimes e descrição das penas, e também ao conjunto de valorações e princípios jurídicos que orientam a aplicação e interpretação das normas penais, que constituem o Direito Penal propriamente dito. O Direito Penal adjetivo (ou DP formal) remete ao atual Direito Processual Penal, que tem a finalidade de determinar como deve ser aplicado o Direito Penal. É um instrumento de aplicação do Direito Penal substantivo.

c) Direito Penal comum e especial³

O Direito Penal comum trata de matérias cujas decisões cabem aos juízes comuns. O Direito Penal especial difere-se do Direito Penal comum principalmente pelos órgãos que os aplicam. Trata de ramos específicos da Justiça, sendo estes a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral⁴. É uma especificação do DP comum.

7. Estrutura do Código Penal

- Código Criminal do Império do Brasil (1830)
- Código Penal do Brasil (1890)⁵
- Código Penal vigente: Dec-Lei 2848/40.

É composto por 361 artigos. Os artigos 1º ao 120 compõem a parte geral e os artigos 121 ao 361 constituem a parte especial. Na parte especial o legislador especifica e descreve as condutas consideradas criminosas, com a determinação da pena correspondente. A parte geral, por outro lado, diz respeito a todos os crimes, salvo algumas exceções. Ex.: *Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.* Ou seja, em todos os crimes descritos na parte especial, são considerados indivíduos maiores de 18 anos. Os primeiros 120 artigos do Código Penal foram modificados pela Lei 7209/84. Essas partes são divididas em títulos, capítulos, sessões, artigos, parágrafos, incisos e alíneas.

8. Fontes do Direito Penal

a) Direito Penal objetivo:

Depende das leis, formuladas pelo Congresso Nacional. Só a União pode legislar em matéria penal, dada determinação da Constituição Federal.

- Fonte material ou de produção (relaciona-se à origem do direito): Congresso Nacional (poder legislativo federal). Art. 22, I CF.
- Fonte formal ou de conhecimento (relaciona-se às formas de manifestação do direito) – lei federal "em sentido estrito". Art. 62, § 1º, b, CF. Lei Penal, leis constitucionais, dados históricos, jurisprudência, etc.

b) Dogmática Penal:

- Fonte imediata: Lei.
- Fonte mediata: costumes, dados filosóficos, dados sociológicos, dados da realidade, dados de outras disciplinas. São levados em consideração para entender a Lei ou inspirar sua criação. Por ex., no caso de ato obsceno (art. 233), o juiz recorre aos costumes para identificá-los.

³ Essa distinção não deve ser confundida com *legislação penal comum* (Código Penal) e *legislação penal especial*, também conhecida como legislação extravagante, que é constituída pelos demais diplomas legais que não se encontram no Código Penal.

⁴ Código penal militar e código penal eleitoral.

⁵ "(Malogrado) Código Penal de 1969": toda lei tem um período chamado *vacatio legis*, que é o tempo de adaptação à nova lei. Salvo exceções enunciadas, esse tempo consiste em 45 dias, no qual a lei antiga ainda é aplicada. Em leis mais importantes, como os códigos, por exemplo, o legislador costuma fixar um tempo maior. A junta militar que publicou o Código Penal de 1969 fixou um prazo *vacatio legis* de um ano, que foi adiado em um ano por mais 9 anos, até 1979, quando o Governo considerou que o Código já estava obsoleto e jamais entrou em vigor.

Parte Geral do Direito Penal

Todos os artigos da parte geral do DP surgem para responder a três perguntas:

1. O que é a lei ou norma penal? (Teoria da Lei ou Norma Penal – Penal I)
2. O que é o crime ou delito? (Teoria do Crime ou do Delito – Penal I)
3. Como se pune a prática de crimes? (Teoria da Pena – Penal II)

Teoria da Lei ou da Norma Penal

1. Conceito de Norma Penal

Lei e Norma Penal não são a mesma coisa. É a lei que faz com que a norma se torne uma norma jurídica. A norma está contida na Lei. Uma Lei pode conter inúmeras normas. Uma Lei é um conjunto de normas. Segundo a maioria dos doutrinadores, a Norma é definida por preceito e sanção.

2. Elementos da Norma Penal

No DP, as normas tem uma técnica legislativa diferenciada, denominada tipo penal. O tipo penal é a descrição da conduta proibida (enunciado da norma jurídica penal), seguido da sanção correspondente a ela. A conjugação do enunciado com a sanção deixa implícito que aquela conduta descrita é proibida.

3. Classificação das Normas Penais:

a) Normas Penais de 1º grau

São as normas **incriminadoras**, que estão apenas na parte especial do CP e na legislação extravagante. Estabelecem proibições e suas respectivas penas em caso de violações. Nas normas incriminadoras, não há a expressão da vontade do legislador (como nas outras normas), mas sim o que o legislador considera como uma conduta indesejada. A vontade do legislador é a conduta oposta à descrita na norma. Além disso, as normas penais contem uma sanção pré-estabelecida. Em cada artigo da parte especial do CP, encontra-se a sanção e o tipo penal. A norma incriminadora, portanto, é proibitiva. Aos **preceitos proibitivos** correspondem **tipos comissivos** (ex.: Art. 121. *Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos*). Aos **preceitos omissivos** correspondem **tipos preceptivos** (ex.: 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*).

Obs.: Normas incriminadoras em branco. Ex.: Art. 269 - *Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa*. As normas incriminadoras em branco precisam de um complemento para que sejam integralmente entendidas. Nesse caso, o médico precisa saber quais são as doenças cuja notificação é compulsória, buscando tal informação em outra lei, que pode ou não ser de natureza penal. Esse rol de doenças de notificação compulsória pode mudar sempre, como no caso de uma epidemia, por exemplo.

b) Normas Penais de 2º grau:

- **Normas aplicativas** (ex.: art. 2º ao 5º).

Condicionam e limitam a aplicação das normas incriminadoras. Ex.: *Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.* Ou seja, a lei, quando beneficiar o réu, deve retroagir.

- **Normas explicativas** (ex.: art. 14, I, II; art. 327).

Esclarecem o conteúdo das normas incriminadoras, mas estão contidas na mesma lei da norma cujo conteúdo elas esclarecem. É um dispositivo da própria lei onde está prevista a norma cujo conteúdo depende de devida explicação. É diferente das normas incriminadoras em branco, que se encontra em outra lei. Ex.: *Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. (...)*

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; (ou seja, no caso de hotéis, etc., o quarto em si é considerado "casa", mas o saguão, os corredores, etc., não).

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

- **Normas diretivas** (art. 1º CP; art. 5º XXXIX CF).

Relacionam-se aos princípios que vigoram no Direito Penal. Estabelecem orientações e fixam diretrizes para a interpretação das leis. São encontradas na parte geral do Código Penal e na Constituição Federal. Princípio da legalidade: *Art. 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.* Ex.: Não há crime de incesto nem prostituição no Brasil, dado que não há lei que os defina (mesmo que sejam consideradas condutas moralmente indesejáveis).

- **Normas permissivas** (art. 23; art. 128).

Preveem circunstâncias excepcionais que deixam de considerar algumas condutas como crime. Ex.: legítima defesa.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

4. Interpretação ou hermenêutica da Lei ou Norma Penal⁶

4.1. Quanto ao agente (Bitencourt: quanto às fontes)

a) Autêntica: quando o conteúdo da norma é fornecido pelo próprio legislativo. O legislador edita nova lei para esclarecer o conteúdo e o significado de outra já existente. Ex.: definição do que é funcionário público (art. 327).

b) Jurisprudencial: produzida pelos tribunais por meio da reiteração de suas decisões. É a orientação firmada pelos tribunais relativa a determinada norma, sem, contudo, conter força vinculante⁷.

c) Doutrinária: palavra de quem escreve sobre DP, estuda o DP (doutrinadores e juristas).

4.2. Quanto ao elemento (Bitencourt: quanto aos meios)

a) Gramatical ou literal. É uma interpretação literal. É a interpretação mais pobre e superficial, dado que não é necessário deter nenhum tipo de conhecimento técnico/jurídico para realiza-la. A interpretação gramatical não é suficiente para a análise da norma penal.

b) Lógico ou sistemático. É usada para garantir a harmonia do ordenamento. Ex.: caso uma norma da lei penal (inferior) entre em com uma norma da Constituição (superior), a norma penal não deve ser aplicada. Ou seja, a interpretação lógica define-se pelo entendimento da norma dentro do ordenamento como um todo, de modo que todas as normas possam ser aplicadas. Toda norma deve ser entendida no contexto em que está inserida, de acordo com as outras normas e leis.

c) Teleológico. O DP tem a finalidade de proteger os bens jurídicos, portanto, cada uma de suas normas deve estar a serviço desse objetivo.

d) Histórico. O elemento histórico é o estudo do contexto de surgimento da lei. É um recurso esporádico, com menos importância.

e) Sociológico ou Progressivo. O elemento sociológico é o que permite que algumas leis vigorem por décadas, ou até séculos. O Código Comercial, por exemplo, é da época de Dom Pedro II. A interpretação sociológica permite adaptar certos artigos à realidade atual (ex.: art. 233). É preciso tomar cuidado com essa interpretação porque pode ser indevidamente usada para ampliar a aplicação da lei penal, entrando, desse modo, em contradição com o princípio da legalidade. Ex.: emissão de notas de 10 reais em material diferente. *Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro.* Foi alegado que a conduta não representou nenhum tipo de crime, visto que o plástico não é mencionado nesse artigo.

4.3. Quanto ao resultado

É pautada na comparação entre o sentido da norma conforme o elemento meramente gramatical e o sentido da norma depois de ter aplicado todos os elementos.

a) Declaratória. Quando é perceptível uma coincidência entre o sentido gramatical e o verdadeiro sentido da lei, indicado pela aplicação de todos os elementos. Ou seja, o texto da lei reflete realmente seu conteúdo. Ex.: *Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.*

⁶ Entendimento do sentido da norma, e não a vontade do legislador.

⁷ Determinadas decisões dos tribunais superiores possuem força vinculante (súmulas vinculantes).

Não é necessária nenhuma outra interpretação para a percepção de que são necessárias no mínimo quatro pessoas para constituir esse crime.

b) Restritiva. Quando existe uma diferença entre o real sentido da lei e a norma gramatical. Nesse caso, quando a aplicação de todos os outros elementos indica que a norma deve ser aplicada a um número menor de casos que inicialmente, em função do sentido gramatical, ela deveria ser aplicada. Ex.: *Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.* Um alcóolatra, por exemplo, pode chegar ao ponto de doença mental que suprime o discernimento, e, nesse caso, é isento de pena. *Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.* Portanto, essa norma deve ser interpretada restritivamente, dada à análise sistemática que vem a reduzir a aplicação do art. 28, § 2º.

c) Extensiva. Ocorre quando o sentido real da lei indica que ela deve ser aplicada a um número maior de casos do que aqueles previstos na interpretação gramatical. Luiz Regis Prado e Aníbal Bruno consideram a interpretação extensiva no DP. Ex.: *Bigamia Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento.* Nesse caso, a interpretação deve se estender a mais de dois casamentos. Em geral, todo polígamo foi bigamo, então Brodt considera que não é razoável passar por cima do princípio da legalidade para essa interpretação.

4.4. Analogia e Interpretação analógica

A interpretação analógica tem função interpretativa e pode ser aplicada em leis penais incriminadoras. Nesses casos, a própria lei determina que se amplie seu conteúdo ou alcance, e fornece o critério específico para isso (falta a expressão literal, mas há a vontade da lei. Ex.: art. 71 do CP). A analogia, por outro lado, tem função integrativa e é aplicada em casos de lacuna da Lei. Pelo princípio da legalidade, a analogia não pode ser aplicada em normas penais incriminadoras.

a) Analogia *in malam partem*. Prejudica o réu, **não pode** ser aplicada.

b) Analogia *in bonam partem*. Beneficia o réu, **pode** ser aplicada no Direito Penal.

Ex.: aborto era permitido em caso de estupro, e, por analogia, permitido se resultante de atentado violento ao pudor (2005). Como favorecia a mulher que praticava o aborto, deveria ser permitido;

Ex. 2: perdão judicial em caso de homicídio culposo, se as suas consequências atingiram de forma grave o acusado (art. 121, § 5º); por analogia, morte causada por acidente de trânsito, em caso de embriaguez.

Ex. 3: motivo torpe (não especificado) no homicídio qualificado pode ser entendido segundo interpretação analógica (não se trata de analogia porque além de prejudicar o acusado, a própria lei está expressamente autorizando a interpretação extensiva).

Para Zaffaroni, se ao final do processo de interpretação o juiz ficar em dúvida entre possibilidades de entendimento da lei, deve decidir segundo o princípio *in dubio* para o réu. Ou seja, da forma mais favorável ao réu. Para Bitencourt, esse princípio só poderia ser aplicado no processo penal (avaliação das provas).

5. Aplicação da Lei Penal

5.1. Aplicação da Lei Penal no tempo

5.1.1. Regulamentação Geral

Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Teoria da atividade. Tempus regit actum: a lei no tempo do ato.

CF: Art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo Único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado⁸.

Ou seja, pode haver retroatividade caso isso beneficie o réu. Portanto, se entre o momento da ação e o momento da sentença houver a promulgação de uma nova lei (posterior ao fato e anterior à sentença), ela só terá caráter retroativo se beneficiar o réu.

5.1.2. Hipóteses de conflitos de leis penais no tempo

a) Abolitio criminis: art. 2º do CP. Quando a lei nova descriminaliza um fato tipificado como ilícito penal. Ex.: Lei 11.106/2005 (adultério e sedução eram crimes). Nesses casos, a nova lei retroage, partindo do pressuposto que o Estado não tem mais interesse na punição dessa conduta. Faz desaparecer todos os efeitos penais, permanecendo os civis. A retroatividade beneficia o réu.

b) Novatio legis incriminadora. Quando a lei criminaliza um fato anteriormente não incriminado. A lei anterior será ultra-ativa⁹ (a nova lei não será aplicada a fatos ocorridos antes de sua vigência).

- **Novatio legis in mellius:** lei nova que beneficia o réu (tratamento mais suave ao fato criminoso). A nova lei será dotada de retroatividade.

- **Novatio legis in pesus:** lei nova que prejudica o réu. Ex.: lei dos crimes hediondos (8072/90). Nesses casos, a lei anterior será ultra-ativa.

Durante o *vacatio legis* (período de 45 dias entre a publicação e a vigência da Lei), leis intermediárias (em vigor num período entre o delito e o momento de julgamento) e conjugação de leis (combinação dos aspectos favoráveis da lei anterior e posterior), a aplicação da lei é retroativa em benefício do réu.

5.1.3. Exceções à lei da retroatividade

a) Leis temporárias¹⁰ e excepcionais¹¹. São ultra-ativas: *art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato*

⁸ Sentença condenatória transitada em julgado: não há mais recurso, já há cumprimento de pena. No caso do art. 2º, retroage em benefício do réu.

⁹ Extra-atividade: quando a lei revogada for mais benéfica que a nova lei, ela terá ultratividade, aplicando-se ao fato cometido durante sua vigência; quando a lei revogadora for a mais benigna, ela terá retroatividade.

¹⁰ Seu conteúdo inclui o prazo de vigência.

¹¹ Em vigor durante Estados de exceção. Caráter emergencial.

praticado durante sua vigência. Ou seja, são aplicadas mesmo que uma lei posterior de punição mais branda seja promulgada.

b) Crimes continuados¹² e crimes permanentes¹³. A lei penal mais grave será aplicada a esses crimes, se a sua vigência for anterior à cessação da continuidade ou da permanência. Nos crimes continuados, tanto se considera momento da ação do primeiro fato parcial quanto do último, e, por isso, caso uma nova lei intervenha no curso da série delitiva, ela deverá ser aplicada, mesmo que os fatos anteriores sejam impuníveis pela lei da época ou que tenha ocorrido agravação da pena. O agente que prosseguiu na continuidade delitiva após o advento da lei nova tinha a possibilidade de se motivar pelos imperativos, porém persistiu na prática de seus crimes, por isso, submete-se ao novo regime, ainda que mais grave. *Súmula 605 do STF: Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.* O art. 71 não faz restrição à continuidade em crimes contra a vida, mas o STF, partindo do entendimento que a vida de um não pode ser considerada continuação da de outro, exclui os crimes contra a vida dessa categoria. Nos crimes permanentes, cuja execução tenha tido início sob império de uma lei, prosseguindo sob o de outra, aplica-se a lei nova se esta tem início de vigência enquanto dura a conduta ilícita (é necessário que o novo dispositivo entre em vigor antes de cessar a permanência - a execução - da ação). *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.*

5.1.4. Combinação de leis

O pensamento tradicional diz que o juiz deve optar por uma lei apenas, pois ao combiná-las, ele estaria criando uma terceira lei (*lex tertia*). Porém, domina o entendimento que o juiz pode combinar as duas leis e unir os aspectos que beneficiam o réu em sua decisão (ele não está tomando o papel do legislador, pois a sua decisão vale apenas para aquele caso concreto).

5.2. Aplicação da Lei Penal no espaço

O Direito Internacional não regulamenta a aplicação da norma penal de estrangeiros que cometem crimes fora de seu país de origem, de modo que a legislação interna de cada país regulamenta esse tipo de situação. Cada país propõe seus próprios critérios para a adoção da lei nesses casos.

5.2.1. Princípios de aplicação da Lei Penal

a) Territorialidade. Pelo princípio da territorialidade, a Lei Penal de cada um dos países se aplica aos fatos praticados no território onde aquele país exerce soberania. Nesses casos, a nacionalidade da vítima e a nacionalidade do autor do crime são irrelevantes.

b) Defesa Real. Segundo o princípio da defesa real, a lei aplicada é relativa à nacionalidade do bem jurídico ofendido.

¹² Prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, nas mesmas circunstâncias (art. 71 do CP).

¹³ Execução se protraí no tempo, ou seja, não tem um marco específico (ex.: porte ilegal de armas).

c) Nacionalidade. Pelo princípio da nacionalidade, a lei aplicada é aquela vigente no país de origem do autor do crime. Pode haver, porém, a diferenciação entre nacionalidade ativa e passiva.

- Ativa: nacionalidade do autor.

- Passiva: nacionalidade da vítima.

d) Justiça Penal Universal. Esse princípio é aplicado em crimes considerados de interesse universal, como tráfico de escravos, de pessoas, genocídio, etc. De modo geral, crimes contra a humanidade. Não importa a nacionalidade nem o local que o crime foi praticado. Nesses casos, os países signatários do Tribunal Penal Internacional (do qual o Brasil faz parte), comprometem-se a perseguir e julgar tais crimes.

e) Representação da Bandeira. Em relação à prática de crimes em aeronaves e navios em um lugar onde nenhum país exerce autonomia. Ele complementa o princípio da territorialidade, portanto, nesses casos, vale a nacionalidade do navio ou avião.

5.2.2. Aplicação da Lei Penal no espaço no Brasil

O Brasil adota o princípio da territorialidade mitigado/limitado/temperado. A lei penal Brasileira é aplicada nos crimes que ocorrem em território brasileiro (real ou ficto) (NOTA: Território real: 8.511.965 km² de extensão terrestre acrescidos do mar territorial, que equivale a 12 milhas além da porção terrestre, e do espaço aéreo correspondente a essas porções. Território ficto: aeronaves e navios.), salvas determinadas exceções. Ex.: *Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional. § 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar. § 2º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.*

a) Crimes à distância

No caso de divergência entre o local de ação e resultado do crime (crimes à distância), há três diferentes posições:

- **Ação.** Considera o local onde foi praticada a ação.

- **Resultado.** Considera o local onde se deu o resultado, como no caso de crimes pluri-locais (a ação começa em um país e termina em outro), regulamentados pelo art. 70 do CPP: *Art. 70 - A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.*

- **Ubiquidade.** Aplicada no Brasil em. *Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.*

b) Hipóteses de extraterritorialidade

São reunidas no art. 7º CP e definem-se por fatos que ocorrem fora do Brasil e geram consequências para o país, por isso são julgados aqui.

- **Extraterritorialidade incondicionada:** No inc. I, §1º, regulamenta-se as hipóteses de extraterritorialidade incondicionada, ou seja, crimes tão sérios que sempre levam a processos no Brasil, independentemente de o criminoso se encontrar aqui ou não; e de o país concordar com a extradição ou não. O agente é punido de acordo com a legislação brasileira. Ex.:

1. Crimes contra a vida ou liberdade do Presidente da República. Princípio da defesa real ou nacionalidade passiva.
2. Crimes contra o patrimônio ou fé pública (falsificação de moeda, etc.). Princípio da defesa real ou nacionalidade passiva.
3. Crimes contra a administração pública. Princípio da defesa real ou nacionalidade passiva.
4. Crimes de genocídio (extermínio de determinado grupo étnico). Nota: quando o agente é brasileiro ou domiciliado no Brasil. Princípio da nacionalidade ativa combinado com o princípio da justiça penal universal.

Obs.: Art. 8º do CP: Princípio do *nombis in idem*: o tempo de pena cumprido no exterior é descontado no tempo de pena aqui, isto é, há atenuação da pena oriunda do processo legal brasileiro, caso já tenha havido cumprimento de pena segundo a legislação de outro país. Essa instituição foi criada para que a pessoa não sofra duas vezes pena por um único crime.

- **Extraterritorialidade condicionada:** Inc. II, §2º. Nesses casos, é importante que haja processo no Brasil, mas não tão importante quanto nos casos de extraterritorialidade incondicionada. Para que haja processo, devem-se seguir os requisitos previstos no inc. II. Como previsto no §2º, a lei brasileira deve ser aplicada caso o agente venha a entrar em território nacional, a conduta seja considerada crime também no país praticado, o crime seja passível de extradição (NOTA: Ver extradição no Caderno de Constitucional I.), caso o agente não tenha sido absolvido no estrangeiro ou lá não tenha cumprido sua pena e caso o agente não tenha sido perdoado no estrangeiro. Ex.:

1. Que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir.
2. Praticados por brasileiro.
3. Praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

Obs.: Crimes políticos

Ninguém será extraditado por crime político e de opinião. O art. 77 da Lei do Estrangeiro (Lei nº 6815/80) designa o STF para que faça a avaliação se o crime é político ou não.

- Teoria subjetiva: o crime político seria qualquer espécie de crime, desde que a finalidade seja política. Não importa se o bem jurídico atingido tem ou não natureza política.
- Teoria objetiva: segundo essa teoria, o crime político é definido pela natureza política do bem jurídico afetado.
- Teoria mista (pura): o crime só será político se houver a combinação desses dois fatores, ou seja, a natureza do bem jurídico atingido é política, assim como a finalidade do crime.

Embora haja esses dois aspectos, o STF decide quais dele prepondera, e só concede a extradição quando o aspecto preponderante configurar natureza política. A justificativa para essa proibição da Constituição existe para que a pessoa não enfrente um processo criminal apenas por ter opinião política oposta àquela dos que detêm o poder no país em questão. Existe, em nosso ordenamento, a "cláusula belga," que determina que mesmo que um crime tenha todas as características que o tornem crime político, pode ser aberta uma exceção em alguns casos (pesquisar em qual artigo).

Crimes de opinião

Calúnia (art. 138), injúria (art. 139) e difamação (art. 140). Calúnia é quando a pessoa atribui a alguém a prática de crime, sabendo que é mentira. Difamação é atribuir à pessoa um fato (não criminoso) ofensivo à sua reputação ou seu decoro. A injúria é a atribuição de uma qualidade depreciativa a alguém.

5.3. Aplicação das Leis Penais em relação às pessoas

Aqui serão estudados os casos em que a Lei brasileira não é aplicada em função de determinados cargos exercidos por alguém (e não em função da pessoa em si).

a) Imunidade diplomática

A Convenção de Viena de 1961 trata das imunidades diplomáticas, e a Convenção de Viena de 1963 trata da imunidade dos cônsules. Os diplomatas representam o governo dos seus países no exterior, portanto, as imunidades diplomáticas também atingem o Presidente da República, os embaixadores, e demais pessoas que representam o país no exterior. O país que envia o diplomata é o acreditante, e o país que recebe é o acreditado. Quando o diplomata entra no país acreditado, ele recebe um *agreement*, que é a licença para exercer seu cargo, e, a partir daí, iniciam-se as imunidades diplomáticas. O presidente da república recebe um *exequatum*. Arts. 29, 31, 37, 38 da Convenção de Viena.

- A pessoa do diplomata não pode ser objeto de nenhuma coação, inclusive a prisão. Caso pratique algum crime, ofenda alguém, etc., o máximo que o país acreditado pode fazer é declará-lo *persona non grata*, fornecendo-lhe 10 dias para sair do país. Caso ele não saia, passa a ser tratado como uma pessoa normal.
- Um diplomata só responde pelas leis penais do seu país, mesmo em crimes que não são relacionados com o exercício de sua função, nunca do país acreditado. Ex.: se uma diplomata holandesa praticar o aborto no Brasil, ela não responde criminalmente, mas pode ser declarada *persona non grata*, dado que ofendeu os valores do país.
- O cônsul representa o país frente a autoridades locais, e não ao poder central. Também recebe um *exequatum*. Pode ser preso, desde que tenha praticado um crime grave (pena máxima tem no mínimo quatro anos).

- O cônsul responde à lei penal de seu país apenas em casos que tenham conexão com a sua profissão. Caso cometa um crime por razões particulares, que não esteja relacionado com o exercício de seu cargo, ele responde à lei do país acreditado.

b) Imunidade parlamentar

Parlamentares são os políticos que têm mandato perante o poder legislativo. Abrange as esferas federal (deputados federais e senadores), estadual (deputados estaduais) e municipal (vereadores). O art. 53, caput da CF trata da imunidade de parlamentares federais e o art. 27, § 1º; e art. 29, VIII da CF trata da imunidade de parlamentares estaduais.

- Imunidade material: os parlamentares jamais respondem por crime de opinião.

- Imunidade formal (de jurisdição): atualmente está muito atenuada. Significa que, caso o parlamentar cometa um crime depois que receber o diploma de eleito, o processo é iniciado e pode ser suspenso. Também há a suspensão da prescrição. Nesses casos, a denúncia após a diplomação só pode ser feita por meio de um procurador geral da República, pelo Ministério Público Federal. Os deputados federais só atendem ao STF. O foro dos deputados estaduais é o Tribunal de justiça, sempre por procuradores erais.

6. Contagem de prazos no Direito Penal

Art. 10 e 11 do CP.

A ideia predominante no Direito Penal é aplicar, sempre que possível, a menor pena, para que a pessoa retome sua liberdade mais rapidamente. A contagem é sempre de acordo com o calendário comum. A pena de um mês pode variar de acordo com o mês em questão. Caso a pena se inicie no dia 1º de fevereiro, a pena será finalizada à meia noite do dia 27 de fevereiro (dado que no dia 28 ela estará vencida). Caso se inicie no dia 1º de março, ela termina à meia noite do dia 30 de março (dado que no dia 31 ela estará vencida).

Princípios Fundamentais do Direito Penal

1. Legalidade e reserva legal

Nulla crimen, nulla poena sine lege. Constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo Estatal. A elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei (princípio da reserva legal), isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. Assim, a Constituição de 1888, no art. 5º, XXXIX, bem como o Código Penal, no art. 1º determinam que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Portanto, condutas consideradas moralmente inadequadas que não estão previstas como crime na lei são irrelevantes para o Direito Penal. A adoção expressa do princípio da legalidade e do princípio da reserva legal representa a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático.

2. Ofensividade

Toda pena só se justifica pela ameaça concreta ao bem jurídico. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato. O legislador, portanto, deve se abster de tipificar como crime as tentativas inidôneas, ou seja, ações incapazes de lesar ou colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Nilo Batista dá a esse princípio o nome de "lesividade". O art. 17 do Código Penal descreve os crimes impossíveis: *Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.*

3. Intervenção Mínima

A punição representa a restrição de um direito fundamental (liberdade, vida patrimônio), e por isso deve ser minimizada sempre que possível. O princípio da legalidade impede que o juiz aplique penas cruéis e degradantes que desrespeitem o Código Penal. Porém, não impede que o Estado tipifique condutas proibidas e a elas associe sanções degradantes. Surge então o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), que orienta e limita o poder incriminador do Estado. Segundo esse princípio, o Estado só deve aplicar sanções para proteger os bens jurídicos mais importantes, de modo que quando outros meios de controle social se revelarem suficientes para este fim, não deve haver a criminalização. Ou seja, o Direito Penal só deve atuar quando os demais ramos do Direito se mostrarem incapazes de dar a tutela devida a bens jurídicos relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

4. Fragmentariedade

É um desdobramento do princípio da ofensividade, da intervenção mínima e da reserva legal. Para que o DP intervenha, devem estar presentes apenas os bens jurídicos mais importantes para a sociedade. A proteção que o DP confere aos bens jurídicos não é exaustiva e integral, pois não abrange todos os bens jurídicos. Ainda, nem todas as lesões dos bens jurídicos importantes. O DP só deve apresentar punição às ofensas mais graves aos princípios mais importantes. Esse princípio apresenta-se sob três aspectos:

1. Só defende o bem jurídico contra ataques de especial gravidade;
2. Só tipifica as condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas;
3. Não pune questões que podem ser consideradas imorais como a homossexualidade e o adultério.

5. Insignificância

Mínima non cura praetor. A aplicação de uma pena muito forte não se justifica em casos considerados insignificantes para o DP, ou seja, casos que não apresentam ofensa grave ao bem jurídico. Segundo esse princípio, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. A irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de intensidade da lesão. A insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Junto ao princípio da ofensividade e fragmentariedade, esses princípios podem ser agrupados no princípio da intervenção mínima.

6. Culpabilidade

O requisito mínimo para que se possa cogitar alguma responsabilidade por determinado crime é o nexo de causalidade entre a conduta da pessoa e o resultado obtido. Além disso, é preciso que a pessoa possa ser reprovada. A reprovação depende da certeza de que o correto seria agir de maneira diferente. No âmbito penal, só há responsabilidade daquele que deu causa de maneira reprovável ao resultado. Pode ser compreendido da Constituição, como exemplificado no art. 5º, LVII da CF.

7. Pessoalidade das penas

No âmbito penal, ninguém pode responder senão pelos próprios atos. A pena não pode passar da pessoa do crime. Também conhecido como intranscendência da pena. Ex.: se uma criança acidentalmente mata alguém com uma arma branca, o pai não responde por nenhum crime. Porém, se a criança utiliza um revólver deixado sem cuidados na casa, o pai responde por negligência em ter deixado a arma ali, a fácil alcance da criança, mas não pelo assassinato cometido por ela.

8. Humanidade

Expresso na Constituição (art. 5º, XLVII). É o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos seres humanos. Não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do art. 84; de caráter perpétuo, de trabalho forçado, banimento e penas cruéis. Além disso, no inciso XVII, afirma-se a garantia da integridade física e moral do preso. Penas cruéis seriam aquelas que atingem a integridade física e psicológica do condenado.

9. Individualização das penas

Expresso na Constituição (art. 5º, XLVI). O crime exige sempre um fato, um comportamento, e nunca tipos de personalidade, estilos de vida. Portanto, o DP só pode punir pessoas em detrimento dos crimes que praticam, e não de características de sua personalidade. O juiz, porém, tem relativa discricionariedade para considerar a personalidade do réu na definição da pena, aplicando-lhe uma pena mais branda ou mais rigorosa. Segundo esse princípio, mesmo que duas pessoas tenham cometido o mesmo crime sob as mesmas circunstâncias, as penas aplicadas podem ser diferentes. A obediência ao princípio da individualização se dá em três fases:

1. Legislativa: legislador tem de estabelecer um limite mínimo e máximo de pena, técnica utilizada para permitir a individualização da pena.
2. Judicial: art. 59 do CP; juiz, dentro de parâmetros legais, individualiza a pena.
3. Executória (administrativa): a lei 7710/84 LEP regula o cumprimento da pena. A LEP trabalha com um sistema progressivo, que segue três tipos de regime: fechado, semiaberto ou aberto. Procura incentivar o preso a ter bom comportamento, a trabalhar, e a estudar.

10. Proporcionalidade (igualdade)

É considerado um princípio implícito na CF (art. 5º, caput), em virtude da exigência da individualidade da pena. Segundo esse princípio, todos devem ser tratados de maneira proporcional às suas características. Quanto mais grave o crime mais grave pode ser a pena, e vice versa. Todos são iguais perante a lei, de modo a tratar os iguais enquanto iguais e os desiguais na medida de sua desigualdade. Uma desigualdade real é suprimida através de um tratamento desigual pela lei (a realidade das coisas justifica um tratamento diferenciado). Disso derivamos a referência à proporcionalidade.

11. *Nom bis in idem*

Uma pessoa não pode ser julgada duas vezes por um mesmo fato.

Teoria do Delito

1. Denominação

Crimes, delitos e contravenções são violações da lei penal. A França tem um sistema tripartido, diferenciando crimes, delitos e contravenções de acordo com a duração e tipo das penas¹⁴. No Brasil, por outro lado, o sistema penal é um "sistema bipartido", pois divide as infrações penais entre crimes (ou delitos) e contravenções, de acordo com sua lei de origem e a natureza da pena.

a) Crimes ou delitos: são violações mais graves, previstas no Código Penal. São punidos com pena de detenção, reclusão, e também multa. Ex.: homicídio, roubo, etc.

b) Contravenções: são violações mais leves, e estão previstas na Lei das Contravenções Penais (Dec-Lei 3788/41). São punidas com pena de prisão simples e multa. Ex.: jogo do bicho, importunação.

Na teoria, as penas de reclusão, detenção e prisão simples se diferenciam, mas isso não acontece na prática. Na reclusão, o início de cumprimento da pena pode ser feito em qualquer dos regimes (aberto, semiaberto ou fechado). A pena de detenção se inicia em regime aberto ou semiaberto, salvo necessidade de transferência para regime fechado (mau comportamento, outros crimes, etc.). A pena de prisão simples só se inicia em regime aberto, e não pode, em hipótese alguma, passar de cinco anos.

2. Conceito de crime ou delito

2.1. Formal: crime é a mais grave violação da lei penal (conceito puramente formal, insuficiente para se perceber diante de um fato concreto se se trata de um crime).

2.2. Material: lesão dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Essa definição ainda é insuficiente.

2.3. Analítico: elenca todos os elementos que um fato deve ter para ser considerado criminoso. É o foco do estudo da Teoria do Delito. São eles o comportamento humano, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade.

¹⁴ Os crimes são as infrações penais cuja pena é igual ou superior a dez anos; delito, a infração cuja pena é inferior a dez anos; e contravenção é a infração punida apenas com multa.

Os indivíduos que são absolvidos por falta de tipicidade ou ilicitude não sofrem qualquer ação do Estado. A absolvição por exclusão de culpabilidade é chamada "absolvição imprópria". Os doentes mentais que praticam um crime, por exemplo, não possuem culpabilidade, e por isso não sofrem nenhum tipo de pena. Porém, possuem periculosidade, e por isso sofrem medidas de segurança (tipo de sanção). No Brasil, há apenas duas espécies de medida de segurança, o tratamento ambulatorial (para casos menos graves) e a internação em hospital psiquiátrico, em manicômio judiciário (para casos mais graves). O tratamento ambulatorial consiste no comprometimento da pessoa de frequentar terapia e ter acompanhamento clínico. O menor também não comete crime, mas sim "atos infracionais". Também não há pena, mas sim uma medida socioeducativa, que pode ser uma advertência ou até a internação em estabelecimento próprio para menores (que pode chegar a, no máximo, 3 anos).

3. O conceito analítico de crime

3.1. Comportamento humano (conduta penalmente relevante)

Para que haja um comportamento humano, exige-se que o indivíduo tenha exteriorizado sua ação. Suas convicções internas, pensamentos, preferências ideológicas, etc. não podem ser punidas (art. 5º, VI da CF).

a) Teorias

a.1) Teoria causalista: base do conceito clássico de delito, foi elaborada por Franz Von List e Ernest Beling em 1900. Para o causalismo, o conceito de comportamento humano seria dar causa a um resultado, sem que circunstâncias exteriores tenham obrigado a pessoa a isso, ou seja, um movimento corporal voluntário que provoca uma modificação no mundo exterior. Um comportamento humano voluntário é aquele que o indivíduo faz sem que sobre ele tenha atuado qualquer tipo de coação. Vigorou no Brasil de 1940 a 1984.

a.2) Teoria finalista: elaborada por Hans Welzel em 1930, e seu surgimento coincide com as origens da teoria social da ação. Considera o causalismo uma teoria insuficiente, dado que não leva em consideração o conteúdo da vontade. Segundo o finalismo, o comportamento humano se diferencia de um acontecimento qualquer no qual o homem intervém por ser produto da vontade humana. Ou seja, o comportamento humano é sempre uma atividade finalista. Em vigor no Brasil.

a.3) Teoria social da ação: elaborada por Ebehard Schmidt e Hans Heinrich-Jescheck. É uma tentativa de conciliar o causalismo e o finalismo. A ação considerada deve ter relevância social.

a.4) Teorias funcionais:

1. **Teleológica:** o juiz, ao decidir pelo caso concreto, leva em conta os princípios fundamentais de natureza constitucional, considerados pelo legislador na criação da lei. O DP tem a finalidade de observar os princípios e valores da Constituição. A função do DP é a proteção dos bens jurídicos em um Estado Democrático de Direito. **Defendida por Claus Roxin.** Dentro dessa concepção, a conduta penalmente relevante é a manifestação da personalidade, ou seja, sempre que o comportamento puder ser entendido como uma manifestação da personalidade humana. A crítica feita a Roxin é que a personalidade é um conceito da psicologia, sem fronteiras definidas, portanto, essa teoria deve ser aperfeiçoada.

2. **Sistêmica:** o direito penal sempre estará a serviço do sistema, seja qual for. A pena existe para mostrar ao cidadão que mesmo quando a norma é violada, ela continua vigente. A dogmática penal deve ser construída a partir de dois parâmetros: para o cidadão (embora tenha delinquido, ainda é percebido como alguém que quer se manter fiel ao direito; o delito foi um erro) e para o inimigo (aquele que não tem a intenção de se manter dentro da lei, que a violaram intencionalmente). Em relação ao inimigo, todos os princípios são relativizados, o que gera uma polêmica muito grande. **Elaborada por Günther Jakobs.** Para Jakobs, a conduta penalmente relevante é a causação individualmente evitável. Ou seja, a pessoa deu causa a um resultado, mesmo podendo evitá-lo. É um conceito que se aproxima do causalismo, portanto, suscetível às mesmas críticas.
3. **Redutor:** elaborada por **Zaffaroni**. Zaffaroni analisa todas as teorias de finalidade da pena, e critica todas elas, partindo do pressuposto de que não se conseguiu determinar até o momento uma finalidade para a pena (teoria agnóstica da pena). A teoria retributiva conduziria a soluções incompatíveis com a dignidade humana e os direitos fundamentais. As teorias preventivas são ineficazes porque as pessoas não deixam de praticar o crime por medo da punição, mas sim por outros fatores muito mais profundos (convicções de natureza moral, religiosa, educação, etc.). O finalismo redutor parte desse pressuposto de que não se sabe para que serve a pena, porém, ela é necessária, pois caso não existisse, legitimaria a possibilidade de vingança privada. O Estado, portanto, detém esse processo de aplicação, para que não haja injustiça. A dogmática penal deve ser construída de modo a dar aos juízes argumentos para que a pena seja aplicada apenas quando é imprescindível. A função dogmática, para Zaffaroni, é reduzir ao máximo a aplicação do poder punitivo, dado que não tem nenhuma explicação razoável e restringe os direitos humanos. Dentro desse conceito, a conduta penalmente relevante para Zaffaroni é um comportamento humano que se expressa no mundo exterior.

A adoção da teoria finalista influencia os outros aspectos considerados na Teoria do Delito, que adquire uma concepção também finalista, bem como tais elementos.

b) Comportamento penalmente relevante:

De acordo com a teoria finalista, o comportamento penalmente relevante é exercício da atividade finalista. O comportamento que serve de base à análise da tipicidade na etapa seguinte deve combinar os aspectos objetivo (o que acontece no mundo exterior) e o aspecto subjetivo (interno; psicológico). Ou seja, deve-se analisar se a pessoa deu causa ao resultado (objetivo) e também a sua intenção (subjetivo). Portanto, esse conceito pressupõe:

- a escolha de um fim (subjetivo);
- a seleção dos meios para atingir esse fim (subjetivo);
- a manifestação da vontade no mundo exterior (objetivo; supradeterminação final do processo causal).

A teoria finalista da ação quer dar uma definição de comportamento penalmente relevante que se aplique a todos os tipos de crime (culposos, dolosos, preterdolosos, etc.). O que caracteriza um crime culposos é o fato

de a pessoa não ter a intenção de fazer aquilo que está proibido. Ela escolhe fazer algo que é lícito, ou seja, é indiferente para o direito penal. Porém, a pessoa escolhe fazer alguma coisa, e isso importa para o DP, pois só assim é possível dizer que se trata de um crime doloso ou culposo. A teoria finalista não deixa de se encaixar nos crimes culposos, dado que alguém está exercendo uma ação finalista. O que acontece é a falta de cuidado, que provoca um resultado não desejado. A pessoa, então, responde penalmente por esse "descuido". No caso de crimes omissivos (art. 135), a teoria finalista também se aplica, porque toda ação é o exercício de uma atividade finalista. A omissão é uma criação do mundo normativo; no mundo real existem apenas ações. Quando o tipo penal corresponde a uma ação, é comissivo. Quando proíbe uma omissão, é omissivo. É uma ação diferente da devida.

Por não obedecer ao conceito finalista, determinados comportamentos estão fora do âmbito penal, dado que não respeitam o princípio da culpabilidade. Portanto, fala-se em ausência de conduta nos seguintes casos:

- atos inconscientes: comportamentos humanos praticados sem consciência, como o sonambulismo, por exemplo.

- atos reflexos: comportamentos humanos produzidos por instintos ou estímulos internos incontroláveis.

- coação física irresistível: comportamentos praticados por um ser humano que se encontra frente a uma força física desproporcional causada por outrem.

- caso fortuito: a pessoa não evita o resultado porque ele não pode ser previsto. Logo, ela não pode ser acusada de imprudente porque era impossível prever aquele resultado.

- força maior: força da natureza atua sobre o indivíduo de maneira que ele não pode controlar suas ações e se transforma em objeto. Ainda que a pessoa preveja o resultado, ele é inevitável.

Obs.: Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Segundo o princípio *societas delinquere non potest*, a sociedade não pode delinquir. Mesmo que esteja sujeita à responsabilidade civil, não está sujeita à responsabilidade penal, dado que não exerce atividade finalista sozinha, não tem capacidade de ação, nem vontade própria – são características restritas aos seres humanos. Porém, é possível atribuir responsabilidade penal à personalidade jurídica em casos de crime contra o meio ambiente (Lei 9.605/98). Ainda assim, é possível dizer que a pessoa jurídica não praticou o crime, mas sim o ser humano em nome dela.

3.2. Tipicidade

a) Conceito

Para que o acontecimento tenha tipicidade, é preciso uma comparação (correlação, processo de adequação) entre o mundo real e o mundo normativo, ou seja, entre o fato e a lei. A prostituição e o incesto, por exemplo, mesmo que sejam moralmente reprováveis, não constituem crime, pois não há previsão no Código Penal. O tipo penal, portanto, é o modelo da conduta proibida, a descrição da conduta que o legislador quer proibir. Os tipos penais variam de acordo com as modalidades de comportamento que proíbem.

b) Modalidades

b.1) Tipos comissivos

O que está na lei é a descrição de fazer alguma coisa que o legislador não deseja. Está implícito nos crimes comissivos um preceito proibitivo. Podem ser dolosos ou culposos. Ex.: *Art. 121 – Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 a 20 anos.*

b.2) Tipos omissivos

A lei descreve a omissão de uma conduta. A descrição se refere a não fazer uma coisa que o legislador deseja que seja feita. Está implícito aos tipos omissivos um preceito preceptivo. Podem ser dolosos ou culposos. Ex.: *Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

b.3) Tipos omissivos impróprios ou comissivos por omissão

Só responde por um resultado quem deu causa a ele. Quando houver entre as pessoas envolvidas no acontecimento uma relação especial, existe um especial dever de assistência (posição de garantidor), e essa pessoa responde pelo resultado naturalístico não apenas por ter dado causa a ele, mas por não ter tentado impedi-lo. Então, a mãe que assiste uma criança se afogar tem posição de garantidor em relação a ela, por isso, ao invés de responder por omissão de socorro, responde por homicídio. Nesses casos, a omissão equivale à ação. A pessoa não responde caso seja impossibilitada de realizar a ação. Essa modalidade de crime só acontece em relação aos crimes materiais, ou seja, que exigem um resultado naturalístico.

c) Aspectos e elementos do crime

c.1) Tipo objetivo

Referem-se ao aspecto objetivo da conduta, ou seja, ao que acontece no mundo exterior. Elementos:

- **Verbo.** É essencial para a descrição de uma conduta.

1. **Uninucleares:** os crimes que tem apenas um verbo são chamados uninucleares ou tipos simples (ex.: art. 121, art. 151, etc.).
2. **Plurinucleares:** enunciam mais de um verbo. Podem ser chamados de tipos mistos (ex.: art. 122).
 - **Alternativos:** entre cada verbo há uma vírgula ou a partícula "ou." Nesses casos, a pessoa responde por apenas um crime. (ex.: *Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça;* art. 33 da Lei 11.343/2006).
 - **Cumulativos:** entre cada verbo há um ponto vírgula ou a partícula "e". Nesses casos, a pessoa responde por mais de um crime, ou seja, será punida por cada ação praticada (ex.: *Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil*). Portanto, mesmo que pratique ações de um mesmo tipo, a pessoa responde por crimes distintos. Nesse caso, podem ser unissubsistentes (só podem ser praticados em um ato) ou plurissubsistentes (podem ser praticados tanto em um único ato quanto em vários atos).

- Objeto jurídico (bem jurídico).

O conceito de bem jurídico é tudo aquilo que é útil ou necessário ao homem. São tão importantes que o direito lhes reserva a tutela penal. A parte especial do CP organiza os tipos de acordo com o bem jurídico que ofendem, e a ordem de organização obedece a ordem de importância desses bens.

1. Classificação quanto aos titulares:

- Individuais: os titulares são as pessoas individuais.
- Universais: podem atingir uma comunidade específica, como os prejudicados por um lote específico de determinado produto; ou toda a comunidade, como crimes contra o meio ambiente; são difusos.
- Institucionais: o titular é o Estado.

2. Classificação quanto à complexidade:

- Simples: protegem apenas um bem jurídico. Crimes simples ofendem apenas um bem jurídico.
- Complexos: protegem dois ou mais bens jurídicos. Crimes complexos atingem dois ou mais bens jurídicos.

- Resultado

1. Normativo: dano ou ameaça ao bem jurídico protegido. Caso não haja ameaça ao bem jurídico, há um rompimento com o princípio da ofensividade. Não há crime sem resultado normativo, ou seja, todo comportamento típico tem resultado normativo, que é a ofensa ao bem jurídico protegido. Nesse caso, os crimes podem ser de dano (lesam efetivamente o bem jurídico) ou de perigo (exposição do bem jurídico a uma possibilidade de lesão; a consumação não exige que haja a lesão do bem jurídico, basta uma ameaça a eles). Os crimes de perigo podem ser:

- Individuais: colocam em perigo o bem jurídico de uma pessoa.
- Comuns: colocam em perigo os bens jurídicos de um número indeterminado de pessoas.
- Abstratos: são presumidos pelo legislador, e representam um perigo abstrato. Ex.: porte ilegal de armas. Em uma concepção na qual o DP tem como função a proteção dos bens jurídicos, não se admitem os crimes de perigo abstrato, dado que ferem o princípio da ofensividade (posição defendida por Brodt).
- Concretos: nesses casos, o perigo deve ser demonstrado. Deve-se comprovar a existência de um perigo real durante o processo penal para que o sujeito seja condenado.

2. Naturalístico: é a alteração no mundo exterior em virtude do crime. Não está presente em todos os crimes do tipo comissivo, apenas nos crimes materiais. Alguns autores, como Zaffaroni, por exemplo, defendem que todos os crimes provocam uma alteração no mundo exterior, portanto, todos os crimes são materiais.

- Crimes materiais: exigem que haja resultado naturalístico.

- Crimes formais: podem ou não ter resultado naturalístico. Ou seja, o comportamento previsto no tipo pode provocar uma alteração no mundo exterior, mas isso não é necessário para a consumação do crime. Nesses crimes, o resultado naturalístico não acontece necessariamente. Ex.: corrupção passiva. Apenas a solicitação da vantagem já caracteriza o crime, não sendo necessário que o indivíduo chegue a recebê-la.

- Crimes de mera conduta: o comportamento descrito no tipo não tem a potencialidade de gerar resultado naturalístico. Ex.: violação de domicílio, crimes contra a honra, crimes omissivos¹⁵.

- **Nexo causal**¹⁶. É a relação de causa e efeito entre um resultado naturalístico e um determinado comportamento humano. Portanto, só é elemento de crimes materiais. É um liame, um elo entre o comportamento e o resultado. Portanto, quem praticou o comportamento que tem um elo ao resultado naturalístico responde por esse resultado. Logo, é preciso investigar quem deu causa, quem é responsável por determinado resultado. Essa investigação é feita por meio do princípio *conditio sine qua nom* (art. 13), que é a condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. Isso é verificado por um preceito hipotético de eliminação (a supressão mental da conduta praticada pelo indivíduo terá como consequência a ausência ou presença do resultado naturalístico? Se sim, há nexo causal). Essa teoria não pode ser *profundamente* considerada, porque leva ao chamado "regresso ao infinito." Por uma questão de bom senso, não é possível trabalhar com um conceito tão amplo no Direito Penal. Ou seja, é preciso um limite para que outras pessoas não respondam por crimes que não praticaram. Este limite é a exigência, além do nexo causal, do dolo ou culpa. Por exemplo, a mãe de um delinquente não pode responder por crimes deste, simplesmente pelo fato de tê-lo gerado (já que, caso o indivíduo em questão não tivesse nascido, não ocorreria crime).

- Sujeito ativo

1. Comuns/simples: não exige do sujeito ativo nenhuma qualidade especial. Qualquer pessoa pode praticar o crime.
2. Próprios: não podem ser praticados por qualquer pessoa. Ex.: o crime de infanticídio (art. 123) exige que o sujeito ativo seja mãe e esteja em estado puerperal; o crime de omissão de notificação de doença (art. 269) exige que o sujeito ativo seja médico.
3. Crimes de mão própria: não admitem a chamada autoria mediata, só podem ser praticados pelo indivíduo de forma imediata. Ex.: crime de reingresso de estrangeiro que foi expulso.
4. Unissubjetivos: admitem a intervenção tanto de uma pessoa quanto de um grupo de pessoas. Mesmo que um grupo de pessoas possa praticar esse tipo de crime, um indivíduo sozinho pode realiza-lo.
5. Plurissubjetivos: só podem ser praticados por mais de uma pessoa. Não admitem a prática de apenas uma pessoa. Ex.: formação de quadrilha (art. 288), bigamia (art. 235).

¹⁵ Alguns autores não diferenciam crimes formais de crimes de mera conduta.

¹⁶ Não é exigido nos tipos OMISSIVOS.

6. Pessoas jurídicas: *societas deliquere non potest*. Via de regra, a pessoa jurídica não delinque; várias pessoas podem se utilizar da pessoa jurídica para delinquir. Exceção: Lei 9.605, que dispõe sobre crimes ambientais.

- Sujeito passivo

O sujeito passivo difere-se do objeto material. O objeto material é a coisa ou pessoa que sofre a incidência da ação, e o sujeito passivo, por outro lado, é a pessoa a quem pertence o bem jurídico ofendido. Ex.: uma pessoa é assaltada com dinheiro de outra. A pessoa assaltada é o objeto material, ao passo que a pessoa a quem pertence o patrimônio é o sujeito passivo. Todo crime tem sujeito passivo, mas nem todo crime tem objeto material.

1. Comuns
2. Próprios: exigem uma qualidade específica do sujeito passivo. Ex.: o crime de infanticídio exige que a mãe seja o sujeito ativo e que o filho seja o sujeito passivo.
3. Bipróprios: próprio em relação ao sujeito ativo e ao sujeito passivo.

- Circunstâncias

Exigências especiais quanto ao tempo, lugar, maneira de execução, etc. que o crime pode ser executado. Ex.: o infanticídio exige uma circunstância específica de tempo, que é o momento específico durante ou após o parto; bem como uma circunstância de modo, que é a influência do estado puerperal. O homicídio, por outro lado, não exige nenhum tipo de circunstância.

c.2) Tipo subjetivo

Referem-se ao aspecto subjetivo da conduta, ou seja, a aspectos interiores ao sujeito.

c.2.1) Dolo

É a intenção de praticar a conduta jurídica proibida; de lesar o bem jurídico tutelado. *Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;*

- Elementos

1. Cognitivo: da consciência. O agente deve ter consciência daquilo que pretende praticar.
2. Volitivo: da vontade de praticar o crime. O agente deve ter vontade de praticar a conduta.

- Modalidades (art. 18)

1. Direto: a pessoa prevê o resultado e atua para alcançá-lo. Pode ser de primeiro ou segundo grau. No dolo direto de primeiro grau, a pessoa delibera os meios e fins para alcançar o resultado pretendido. O dolo direto de segundo grau diz respeito às consequências causadas pela sua conduta, mas que não faziam parte do resultado pretendido (efeitos colaterais). Ex.: se uma pessoa utiliza uma bomba

para matar outra, ela tem dolo de primeiro grau em relação a ela, mas dolo de segundo grau em relação a todas as outras que morrerem também.

2. Eventual: a pessoa não quer o resultado, mas assume o risco de produzi-lo. Ex.: pessoa embriagada que corre com o veículo.

Obs.: Elementos subjetivos especiais

Alguns tipos penais exigem, além do dolo, elementos subjetivos especiais. Esses elementos estão descritos em alguns artigos específicos. São especiais tendências, intenções ou propósitos que condicionam ou fundamentam o juízo de ilicitude do comportamento. Ex.: no art. 148, a finalidade libidinoso constitui um elemento especial. *Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos. § 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos: V - se o crime é praticado com fins libidinosos.*

c.2.2) Culpa

Art. 18 - Diz-se o crime: II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. A culpabilidade é empregada como alternativa ao dolo, punindo a conduta porque a pessoa deu causa ao resultado por falta de cuidado, sem a intenção de fazê-lo. A proibição é feita sobre um comportamento que tem por finalidade realizar algo que não está proibido no tipo penal. A pessoa responde pelo resultado, não por querer atingi-lo, mas por ter agido de forma descuidada, imprudente, etc.

Nem todos os crimes são punidos por culpa. *Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.* Ou seja, se o tipo não enuncia **expressamente** a possibilidade de culpa, o agente não pode ser punido culposamente. O dano (art. 185), por exemplo, só é punido por dolo.

Nos tipos comissivos culposos, é necessário que haja um resultado naturalístico, o nexo causal e a previsibilidade objetiva do resultado. Caso a pessoa dê causa a um resultado imprevisível, ela é isenta de responsabilidade e não responde por ele; trata-se de um caso fortuito. Analisa-se, ainda, a previsibilidade subjetiva, que é relativa a condições especiais de um sujeito que o façam não prever um resultado que a maioria das pessoas teria previsto. Ex.: um idoso que dirige em São Paulo pela primeira vez. A previsibilidade da conduta também é limitada pelo princípio da confiança, segundo o qual as pessoas não são obrigadas a agir com tamanha cautela de forma a evitar lesão a alguém que pretenda se colocar em perigo. Ex.: motorista que atropela indivíduo que buscava suicídio por atropelamento.

É responsabilidade do juiz verificar se a ação foi realizada de maneira culposa ou não, e para isso ele dispõe de alguns parâmetros: se a atividade praticada possui regras administrativas ou técnicas (caso respeitadas, a pessoa não responde por nenhum crime); se houve a observância dos usos e costumes; se a pessoa agiu com prudência (em relação ao “homem médio”).

- Modalidades:

1. **Imprudência:** tomar uma atitude arriscada, agir de maneira menos cautelosa do que a média das pessoas, do que é esperado. Ex.: pessoa que dirige em alta velocidade.
2. **Negligência:** não tomar a cautela devida para impedir o resultado. Ex.: uma pessoa que tem uma arma em casa não deve deixá-la facilmente acessível. Portanto, se uma criança achar a arma do pai e matar alguém, o pai responde pela falta de cuidado.
3. **Imperícia:** restringe-se ao âmbito das atividades profissionais; para alguém ser imperito tem de estar no exercício de sua profissão com todos os requisitos formais e legais, porém não tem aptidão, habilidade, conhecimento suficiente para realizar algum ato inerente à sua profissão. Ex.: médico desatualizado faz uso de técnica nova sem ter o treinamento exigido para tal em uma cirurgia e lesiona o paciente. Nem todo erro profissional se caracteriza como imperícia, pode haver imprudência ou negligência no âmbito das atividades profissionais. Ex.: médico esquece instrumento dentro do paciente, caracterizando a negligência.

- Espécies:

1. **Inconsciente (própria):** é o que geralmente acontece. Hipótese em que a pessoa não prevê o resultado, mas deveria ter previsto. Não existe previsão, mas existe previsibilidade objetiva, ou seja, segundo o parâmetro do homem médio, a pessoa deveria tê-lo previsto. Se o resultado fosse imprevisível, a pessoa não responderia pelo fato (caso fortuito).
2. **Consciente:** é a exceção. É parecida com o dolo eventual, mas não se confunde com ele. No caso de culpa consciente, a pessoa prevê o resultado e acredita sinceramente que ele não vai acontecer (ex.: atirador de facas no circo), ao contrário do dolo eventual, no qual a pessoa prevê o resultado e simplesmente não se importa com ele (ex.: motorista bêbado que sabe que suas ações podem causar acidentes, mas as realiza assim mesmo em busca de adrenalina, não se importando com os resultados).

d) Causas de um resultado

Um resultado pode ter várias causas (concausas). As causas são tudo o que contribui para um resultado, portanto, se uma pessoa empresta uma arma a outra para que cometa homicídio, a pessoa que emprestou a arma também responde pelo crime, dado que deu causa e ele. Nesse caso, tanto os tiros quanto o empréstimo são causas da morte. Não se pode punir apenas a pessoa que atirou com base no argumento de que os tiros são mais importantes, há uma **equivalência de antecedentes causais**. Podem ser:

1. **Absolutamente independentes na conduta do agente.** São coincidências, de modo que o resultado não é produzido por esses comportamentos e a pessoa não responde pelo resultado. Podem ser:
 - Pré-existentes: Caio, com a intenção de matar Tício, atira nele. Porém, Tício não morre por causa dos tiros, mas sim por envenenamento da sopa que estava tomando. Dessa forma, o que provoca a morte de Tício é um comportamento pré-existente à conduta de Caio.

- Concomitantes: Caio atira em Tício no momento em que este tem um infarto (independente dos tiros). Aqui, o comportamento de Caio é concomitante à causa da morte de Tício.
 - Supervenientes: Caio atira em Tício e o mata antes que o veneno da sopa faça o efeito de matar.
- Em todos os três casos Caio responde por tentativa de homicídio.

2. **Relativamente independentes da conduta do agente.** Há cominação de diversos comportamentos na produção de um resultado.

- Pré-existentes: Caio corta com uma faca a barriga de Tício, que é hemofílico. Esse comportamento não mataria ninguém em condições normais, e Tício morre por uma combinação de causas: a doença, pré-existente e o ferimento. Se Caio soubesse da doença e se aproveitasse dela, responderia por crime doloso; mas se não soubesse, responderia por lesão corporal, mesmo que o resultado foi a morte de Tício.
- Concomitantes: Caio atira em Tício, que tem uma doença cardíaca, provocando-lhe um infarto.
- Supervenientes: caso o resultado se encontre na linha de desdobramento físico ou natural da conduta inicial, quem a praticou responde pelo resultado. Ex.: Caio dá um golpe de facão no pé de Tício, e gera uma grande infecção que o faz perder a perna. Caio responde, então, pela perda da perna. Caso o resultado não se encontre na linha de desdobramento natural, a pessoa só responde pelo que fez. Ex.: Um motorista atropela uma criança, e ela morre em outro acidente que envolve a ambulância a caminho do hospital. O motorista, então, não responde por homicídio.

e) Situações especiais

e.1) Crime qualificado pelo resultado

O tipo prevê uma modalidade simples, mas em seguida aumenta a pena no caso de ocorrência de resultados mais graves do que os previstos na modalidade simples. *Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.*

e.2) Crime preterdoloso

Há uma combinação de dolo e culpa. Os crimes preterdolosos tem dolo em relação ao resultado antecedente e culpa em relação ao resultado consequente. Ex.: lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º). Todo crime preterdoloso é qualificado pelo resultado, mas nem todo crime qualificado pelo resultado é preterdoloso. Alguns crimes qualificados pelo resultado são compostos apenas de dolo.

e.3) Erro de tipo

Ocorre quando a pessoa comete um engano em relação ao que é descrito no tipo penal. A pessoa não compreende que está praticando o comportamento descrito no tipo penal. Ex.: dois amigos estão caçando e um deles atira em vulto, pensando que era uma onça, mas na verdade era o amigo. Nesse caso, o erro é incompatível com o dolo, por isso a pessoa não responde pelo resultado a título de dolo, mas **pode** responder a título de culpa. *Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.*

f) Hipóteses de adequação típica mediata

São hipóteses de comportamento punidas por uma combinação de um artigo da parte especial com um artigo da parte geral.

f.1) Tentativa

Conceito: Para que haja a punição da tentativa, deve-se tratar de um fato típico e culpável. Sua tipificação deve ser a combinação de dois artigos, o art. 14, II¹⁷ com o art. correspondente ao crime tentado. Para se punir a tentativa, deve-se ter conhecimento do *iter criminis*, que corresponde ao "caminho" do crime. Constitui as fases de cogitação, atos preparatórios, atos executórios, consumação e exaurimento¹⁸ (não é exigido para a consumação do crime). A tentativa só é punida caso sejam superados os atos preparatórios, mas sem que se chegue à consumação.

A grande maioria dos crimes admite tentativa. Porém, não é possível que haja tentativa em crimes culposos, preterdolosos, unissubsistentes¹⁹, habituais, omissivos próprios e crimes de atentado (art. 352).

A tentativa diferencia-se da desistência voluntária, dado que na última a pessoa deixa de consumir o crime por vontade própria, e não por um fator externo à sua vontade. Ex.: marido tenta matar a mulher com uma arma, e erra os dois primeiros tiros, mas, mesmo havendo mais balas na arma, ele desiste do crime. Nesses casos, a pessoa responde apenas pelos atos que já praticou, e não pela tentativa. Há, ainda, a situação de arrependimento eficaz, na qual a pessoa desiste voluntariamente do crime e age no sentido de evitar ou reverter o resultado (ao contrário dos casos de desistência voluntária, nos quais a pessoa simplesmente não continua o crime). Ex.: marido empurra a esposa para o mar, ciente de que ela não sabe nadar. Enquanto ela se debate na água, ele desiste do crime e salva a vida dela. Nesse caso, a pessoa também responde apenas pelos atos que já havia praticado. Caso uma pessoa aja no sentido de evitar ou reverter o resultado, mas falhe em fazer isso (de modo que o resultado ocorre do mesmo jeito), a pessoa não é beneficiada pelo arrependimento eficaz, apenas pela desistência voluntária.

f.2) Concurso de pessoas

É o auxílio na execução de uma conduta proibida pelo tipo penal. A punição é feita mediante a combinação do art. 29 com um artigo da parte especial do CP (estudado em D. Penal II).

g) Concurso aparente de leis

g.1) Princípio da especialidade (art. 12 do CP)

Lex specialis derogat lege generali. Segundo o princípio da especialidade, quando há conflito de normas, considera-se a mais específica. Ex.: o art. 334 determina como crime de contrabando a importação de

¹⁷ Art. 14 - Diz-se o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

¹⁸ Ocorre quando o agente conseguir tirar o máximo proveito do crime. Ex.: crime de corrupção. O crime já é consumado com a solicitação da vantagem, mas só é exaurido quando a pessoa a recebe.

¹⁹ São crimes constituídos por apenas um ato, de modo que não é possível que se inicie a tentativa. A consumação é imediatamente concluída com um único ato. Ex.: crimes contra a honra.

mercadoria proibida. Porém, existe também o crime de tráfico de drogas. Como é mais específico, prevalece o último. Da mesma forma, a mãe que mata o filho sob a influência do estado puerperal não é responsabilizada por um crime de homicídio, mas sim de infanticídio.

g.2) Princípio da subsidiariedade

Lex principalis derogat lege subsidiariae. Ou seja, o tipo com pena maior afasta a aplicação do tipo com pena menor. Tanto o tipo principal quanto o tipo judiciário protegem o mesmo bem jurídico, porém, a lei principal protege o bem jurídico de uma ameaça mais grave, com uma pena mais grave. A lei subsidiária, por outro lado, protege uma ameaça menor, com uma pena menor. A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita. Ex.: Art. 132 - *Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.* Nesse caso, a subsidiariedade é expressa. Segundo Luiz Régis Prado, os crimes complexos constituem uma hipótese de subsidiariedade implícita. Os crimes complexos são formados por mais de uma conduta, que, separadamente, também são consideradas condutas criminosas. Ex.: Roubo (art. 157): subtrair para si ou para outrem (furto) mediante violência (lesão corporal) ou grave ameaça (crime de ameaça). Assim, ao se aplicar o tipo penal referente ao roubo, não se aplicará os demais tipos.

g.3) Princípio da consunção

Lex consumens derogat lege consumptae. O crime final absolve o crime meio. Ou seja, quando para se cometer um crime é necessário que se cometa outro, a pessoa só é punida pelo crime final, mesmo que envolvam bens jurídicos diferentes. Ex.: crime de furto e crime de violação de domicílio. A pessoa não responde por violação de domicílio caso furtar algo dentro da casa de outra, apenas pelo crime de furto.

3.3. Ilicitude

A ilicitude é um termo usado por doutrinadores mais novos, introduzido na reforma de 84. Autores mais antigos preferem o uso do termo antijuridicidade.

a) Conceito

A ilicitude de um fato caracteriza-se pela contrariedade da ordem jurídica, depois que este é definido como um fato típico, ou seja, descrito na lei penal. Usualmente, um fato típico também é ilícito. Porém, existem algumas exceções, consideradas as hipóteses de exclusão da ilicitude. Ou seja, é uma relação de regra e exceção. Essa relação pode ser entendida de duas formas:

- *Ratio cognoscendi* (Max Ernest Mayer): Segundo Max Ernest Mayer, a tipicidade é indício (*ratio cognoscendi*) da ilicitude; é uma relação de fumaça e fogo. Em regra, a conduta típica também é ilícita; apenas não será na presença de uma causa de exclusão. É a teoria principal.
- *Ratio essendi* (Edmundo Mezger): a tipicidade é a essência (*ratio essendi*) da ilicitude. Para essa teoria, a tipicidade e a ilicitude são parte de uma mesma categoria. Nos casos de exclusão da ilicitude (como a legítima defesa, por exemplo), há também a exclusão da tipicidade. É defendida por Miguel Reale Jr.

b) Causas de exclusão da ilicitude (art. 23)

São tipos permissivos, e autorizam os agentes, em face de determinadas circunstâncias, a praticar aquilo que em geral lhes é proibido. As hipóteses são:

- Estado de necessidade. Definido no art. 24: *Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.* Quem está em estado de necessidade atua em uma situação de perigo, criada por qualquer fator que não a agressão humana injusta. No estado de necessidade, não se pode sacrificar um bem jurídico de valor maior por um bem jurídico de valor menor, ou seja, o estado de necessidade depende do balanceamento dos bens jurídicos envolvidos.

- Legítima defesa. Definida no art. 25: *Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.* Quem atua em legítima defesa defende-se de uma agressão injusta, feita por um ser humano.

- Em estrito cumprimento de dever legal (ex.: art. 301 do CPP) ou no exercício regular de direito (art. 1210, § 1º do C. Civil; art. 1283 do C. Civil).

c) Discriminantes putativas

Erros de tipo permissivo (afasta o dolo, mas permite a punição a título de culpa quando possível): estado de necessidade putativo, estrito cumprimento do dever legal putativo, etc. Acontece quando a pessoa se engana em relação a um elemento do tipo putativo, e acreditava estar em estado de necessidade, ou supôs grave ameaça iminente, etc.

d) Consentimento do ofendido

É uma causa supralegal de exclusão de ilicitude. Não há crime nos casos em que a lesão a bens jurídicos **disponíveis** é autorizada. Ou seja, não se pune uma pessoa que toma o patrimônio de outra, caso esse ato seja consentido. Por outro lado, deve-se punir aquele que tira a vida de outro porque este pediu, dado que a vida é um bem jurídico indisponível. Alguns crimes pressupõem a oposição da vítima (ex.: estupro), portanto, caso haja o consentimento, não há tipicidade, e, conseqüentemente, também não há que se falar em ilicitude.

3.4. Culpabilidade

a) Conceito

É o juízo de reprovação que se faz sobre o autor de um fato típico e ilícito porque o praticou em condições de imputabilidade e potencial consciência da ilicitude, numa circunstância que lhe permitiam agir conforme a vontade da ordem jurídica.

b) Teorias

- Psicológica

- Psicológico-normativa (Reinhart Frank, 1908): além dos três elementos considerados na teoria normativa pura, também considerava dolo e culpa, que são dois elementos psicológicos.

- Normativa pura (Welzel, Maurach, etc.): é considerada majoritária no Brasil. Considera os três elementos normativos (imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa).

c) Elementos da culpabilidade

- Imputabilidade: é a capacidade de reprovação no Direito Penal. O indivíduo imputável é aquele que reúne condições de sanidade mental, psicológicas e etárias para que possa ser punido pelo DP. Parte-se do princípio que todos são imputáveis, e por isso o Direito Penal descreve apenas as exceções, que constituem uma causa de exclusão da culpabilidade.

- Potencial consciência da ilicitude: relaciona-se ao nível de informação e ao meio cultural do indivíduo, de modo que seja apto a assimilar a proibição. Ex.: uma imigrante alemã grávida que está há 10 dias no Brasil pratica o aborto, assessorada por um médico que se aproveitou da sua situação, não pode responder pelo crime de aborto, dado que suas condições culturais e circunstanciais não permitiram que ela soubesse da ilicitude de seu ato.

- Exigibilidade de conduta diversa: a pessoa pode ser punida pelo DP caso nenhum fator externo tenha atuado sobre ela, de modo que quando da prática do ato punível, ela poderia ter optado por ter uma conduta diversa.

d) Causas de exclusão da culpabilidade (dirimentes)

- Inimputabilidade (art. 26, 27, 28): diz respeito aos indivíduos considerados sem condições para responder penalmente por um crime. São inimputáveis: os menores de 18 anos; os doentes mentais; pessoas com retardo mental incapazes de discernir e compreender; pessoas que se encontrarem em embriaguez completa por caso fortuito ou força maior.

- Erro de proibição inevitável: a pessoa tem consciência de seu ato, porém não tem consciência da ilicitude dele (não pode ser confundido com a ignorância da lei). Obs.: erro escusável: uma pessoa mais cuidadosa teria percebido a proibição; não isenta de pena, porém a reduz.

- Inexigibilidade de conduta diversa (art. 22)

1. Coação moral irresistível: o sujeito não é punido quando sofre coação moral irresistível. Ex.: gerente de banco que abre o cofre porque está com uma arma apontada à sua cabeça.
2. Obediência hierárquica: é observada no âmbito da administração pública. Quando a ordem de um superior não é manifestamente ilegal, exclui-se a culpabilidade do inferior hierárquico. Porém, se for manifestamente ilegal, de tal forma que uma avaliação técnica é desnecessária, o inferior hierárquico também responde.