

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Direito Penal I – Prof. Luís Augusto Sanzo Brodt

Aluna: Rayara Regina

Anotações de aula

Na última aula foi dada a função do DP que majoritariamente os autores apontam e que é a preferida também pelo Claus Roxin. O DP tem a função da tutela dos bens jurídicos.

Quem decide quais são os bens jurídicos é o legislador que elabora as leis da matéria penal, que no Brasil encontra-se com o Poder Legislativo da União, o Congresso Nacional.

É preciso entender exatamente o que significa isso. O que caracteriza o DP é que a sanção que é inerente ao DP é a sanção mais grave da ordem jurídica que é a pena privativa de liberdade. Os outros ramos do Direito também são dotados de sanções, que é dotado de coação. O Direito Administrativo, por exemplo, multa aqueles que ultrapassam o sinal vermelha; a multa é a sanção do DA. No Direito Civil, nós temos sanções também, que englobam indenizações, reparações etc.

O DP tem a sanção inerente a ele que é a mais grave de todas, a pena privativa

Se eu referir uma conduta como crime, a sanção dessa conduta será a mais grave da ordem jurídica. Então, a lógica é que ele criminalize as condutas mais perigosas para a ordem social. Ex.: dirigir em alta velocidade, não tem uma danosidade social tão grande que justifique a aplicação de uma pena, basta a aplicação de uma multa. Essa ilicitude não justifica punição com uma sanção tão grave.

Como eu vou identificar se uma conduta tem essa grande danosidade social?

Primeiro, ela tem que violar um bem jurídico que seja considerado muito importante para a sociedade. Então, o DP tutela os bens jurídicos, mas não é só ele, os outros bens jurídicos. MAS o DP tutela os bens jurídicos MAIS IMPORTANTES. E, além de tutelar os bens jurídicos mais importantes, não é qualquer lesão a esses que será criminalizada. Para que uma conduta seja crime ela tem que lesionar GRAVEMENTE esse bem jurídico mais importante.

Por isso que nós falamos no PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Ora, se a pena privativa de liberdade é a mais grave das sanções da ordem jurídica, ela apenas estará permitida, o legislador poderá recorrer a ela, quando essa conduta tiver essa grande danosidade social, ou seja, afetar um dos bens jurídicos mais importantes da sociedade e de maneira grave.

Coação e coerção, no DP, tem o mesmo sentido = implicam em constrangimento para que a pessoa se submeta à vontade do Estado.

A pena significa uma coação porque ela busca motivar uma pessoa a agir de determinada forma sob pena de sofrer um constrangimento grave que seria a pena privativa de liberdade.

O DP tem a forma mais grave de sanção da ordem jurídica. Então, a essa pena deve corresponder a gravidade da conduta a ser punida.

**PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE** – o Direito Penal tem, segundo a maioria da doutrina, a função de proteger os bens jurídicos. Agora, o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos e, além disso, não é qualquer lesão dos bens jurídicos mais importantes que é criminalizada. Ou seja, a orientação para o legislador é que ele criminalize apenas as lesões graves aos bens jurídicos para a sociedade. Então, quando a gente fala em fragmentariedade, quando a gente diz que a proteção que o Direito Penal presta aos bens jurídicos é uma proteção fragmentada, exaustiva, é em oposição à completa, à absoluta. Porque não é completa? Porque não protege todos os bens jurídicos e não protege esses bens jurídicos de toda e qualquer lesão.

Descriminalizar pode fazer com que uma conduta permaneça ilícita porque contraria uma regra do direito civil. Ex.: adultério deixou de ser crime em 2005.

**PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE** - O DP protege os bens jurídicos, mas não é só o DP que protege bens jurídicos. Os outros ramos do Direito também protegem bens jurídicos. Pelo princípio da subsidiariedade, o legislador só deve optar pela mais grave das sanções quando ele constatar que não há ramo do Direito que possa ter sanção que tenha efeito em desestimular aquela conduta; ex.: se ele percebe que aplicando uma sanção administrativa, uma sanção civil e isso é suficiente para inibir aquela conduta, diminuir sua incidência, então ele não deve apelar para o DP. Então, sempre que o Direito puder reagir a prática de uma conduta com uma sanção mais leve do que a penal e com isso se obtenha retornos satisfatórios para a sociedade, não se deve apelar para o DP.

A função do DP é a função de proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Não é uma proteção exaustiva, absoluta, por isso é FRAGMENTADA. E é sempre subsidiária.

**PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA** engloba a Fragmentariedade e a subsidiariedade.

A concepção do Roxin é chamada de **FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO** – a função do DP tem uma finalidade que é a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade.

Existe quem veja quem atribua ao DP outras funções que não a de proteção dos bens jurídicos. Existem diversas concepções, dentre elas...

Conforme dito, o berço das grandes ideias sobre DP é sempre a Alemanha. Essa outra função que se atribui ao DP surgiu também na Alemanha e diz que seria função do DP simplesmente garantir a vigência das normas. Ou seja, enquanto a ideia dominante é de

que as normas existem para proteger os bens jurídicos mais importantes, esse entendimento aqui diz que o DP deve existir simplesmente para garantir a vigência das normas, independentemente do seu conteúdo, da sua finalidade. Isso porque eles presumem que as normas de natureza penal refletem a identidade da sociedade. Então, cada sociedade é organizada de determinada maneira, tem seu determinado modelo. E as normas penais são elaboradas de acordo com cada modelo de sociedade e refletem, portanto, a identidade da sociedade, ou seja, as características de cada sociedade, independentemente do seu conteúdo. Se o legislador tiver a sensibilidade para compreender as características da sociedade tanto melhor, senão também paciência, porque a sanção penal deve ser uma reação à violação de qualquer norma independente do seu conteúdo no caso concreto. A presunção é que as normas de acordo com as demandas da sociedade, então o DP tem por função simplesmente reagir a violação da norma. O raciocínio é que, ao punir quem violou a norma, estaremos apontando para a sociedade que o conteúdo da norma é que é correto; se comporte de acordo com a norma, pois se violá-la será punido.

Quem elaborou essa concepção foi Gunter Iakobs. Ele também afirma que, encima dessa ideia de que o DP existe para garantir a vigência das normas, normas que estão de acordo com o modelo da sociedade, então a punição da violação das normas representa a reafirmação do conteúdo dessas normas > se essa e a função do DP, então devemos construir dois direitos penais, o DP deve ser entendido de duas formas diferentes:

1) O DP do cidadão – cidadão seria aquela pessoa que cometeu eventualmente um crime, mas que a sociedade consegue percebê-lo como alguém disposto a colaborar com o Direito, continua a perceber naquela pessoa alguém que desempenha um papel socialmente útil. Apesar do crime, esse indivíduo poderá voltar a desempenhar um papel socialmente útil.

2) O DP do inimigo – o inimigo é alguém que optou por ter uma vida a margem da sociedade, optou por ter um modelo de vida que não permite a sociedade perceber nele a possibilidade vê-lo novamente como socialmente útil. Rompem com a ordem jurídica, adotam um estilo de vida incompatível com a expectativa de que voltem a ser fiéis ao Direito. Quem se dedica habitualmente à prática criminosa.

Essa teoria do Iakobs legitima que pessoas que podem ser consideradas inimigas sejam tratadas de maneira diferente dos cidadãos. A variação aqui é em relação a quem cometeu a conduta.

O pensamento do Iakobs é conhecido como FUNCIONALISMO SISTÊMICO. – Se a função do DP é garantir a vigência das normas, então é garantir o funcionamento do sistema jurídico. O funcionalismo sistêmico surge pouco depois do funcionalismo teleológico.

- CRIMINOLOGIA – explicar como se seleciona a pessoa que vai cumprir pena; uma perspectiva crítica.

Os dois dizem que o DP tem LEGITIMIDADE, que a sociedade precisa do DP seja para cada uma das funções que os autores colocam.

#### AS TEORIAS QUE DIZEM QUE O DP NÃO TEM LEGITIMIDADE NENHUMA

- O raciocínio dessa teoria está vinculado à crítica do nosso modelo de sociedade ou é um modelo que vem do Marxismo, do pensamento de esquerda. Dizem que a função do DP é apenas garantir a desigualdade social. Isso porque quando se elaboram as normas, o que se coloca como os bens jurídicos nada mais são do que os interesses da classe econômica dominante em determinado momento histórico. Então, o DP existe para frear/reprimir condutas que afetem os interesses da classe dominante e para que continue havendo a desigualdade social que a beneficia.

Esse raciocínio leva a concepção de que o DP é ilegítimo, pois o modelo social é desigual, então é preciso realizar uma revolução, mudar o Direito para que o DP adquira alguma legitimidade.

Função do DP: garantir a desigualdade social.

Há um outro pensamento que é o ABOLICIONISMO PENAL > Nós podemos continuar com a sociedade que temos, só vamos acabar com o DP. Substitui a pena pelo diálogo entre a vítima e autor do crime.

#### ➤ DIFERENÇA ENTRE DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO DA EXECUÇÃO PENAL OU PENITENCIÁRIOS

O DP Objetivo ou substantivo ele é esse conjunto de normas que preveem as condutas, as penas, as medidas de segurança. O Direito Processual Penal é aquele que regulamenta a atividade que se passa perante o juiz para que se consiga apurar a verdade dos fatos e chegar à conclusão final, absolver ou incriminar – então essa atividade de investigar, de buscar as provas, de saber o que aconteceu, isso tudo é regulamentado no Código de Processo Penal. Como se faz uma denúncia, que é acusação do direito penal, que é o primeiro ato do processo penal; como se faz a denúncia, quais são os requisitos para que se denuncie alguém pela prática de um crime? Tudo isso está no Código de Processo Penal. Então, Direito Processual Penal, também chamado Direito Penal Adjetivo (expressão com valor histórico apenas, antiquada), nada mais é que o DPP. Por fim, o Direito Penitenciário; começa a ser aplicado quando a pessoa inicia o cumprimento da pena; quando a pessoa entra na penitenciária, quais os seus direitos, deveres etc.? > estará a cargo do Direito da Execução Penal.

#### AULA DE DIREITO PENAL 15/04

Se tiver que pensar em algum exemplo de país que não respeitou o princípio da legalidade em algum momento da sua história, podemos pensar em dois exemplos. Primeiro, a Alemanha Nazista. O Código Penal Alemão é de 1871 que, ao longo da história vem sendo reformado etc., mas ele nunca foi revogado inteiramente. E, na época do nazismo, reformaram o art. 2º do CP alemão para inserir uma regra que considerava-se crime tudo aqui que a lei penal alemã definia como crime mais todas aquelas condutas consideradas

criminosas segundo o sentimento sadio do povo alemão interpretado pelo Fuhrer. Essa era uma clara e evidente afronta ao princípio da legalidade. E outro caso inclui a União Soviética, que também afirmava que se considerava crime tudo aquilo que fosse definido na lei como crime mais aqueles comportamentos que contrariassem os interesses da revolução comunistas.

Para regimes autoritários, totalitários, o princípio da legalidade é um entrave.

Ademais, cabe destacar que esse princípio da legalidade se dirige, em primeiro lugar, aos juízes. Esses, quando vão decidir os processos concretos, têm que ter em mente esse princípio. E, ainda dirige-se ao próprio legislador que tem que se orientar por esse princípio em virtude do aspecto da taxatividade da lei.

## 2- Princípio da Intervenção Mínima

No âmbito de um Estado Democrático de Direito, conforme o modelo que a nossa Constituição consagra, a regra deve ser a liberdade, uma vez que se assume um compromisso com a garantia dos direitos fundamentais. Logo, toda restrição à liberdade deve estar justificada e a única justificativa plausível para restringir a liberdade de alguém, na democracia, é a necessidade. Se é necessário, então se justifica a restrição da liberdade. E, se quisermos continuar utilizando o latim, podemos colocar esse princípio como “*nullum crimen sine necessitate*” = não deve haver crime sem necessidade. Haverá justificativa quando a restrição à liberdade for necessária.

Para que concluamos que é necessário restringir a liberdade de alguém deve-se observar que o comportamento praticado seja ofensivo a um bem jurídico protegido pelo Direito Penal – é aquilo que se chama de princípio da ofensividade. Vimos, no início da matéria, que a função do DP, para a doutrina dominante, é a tutela dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Então, para que haja necessidade de restringir a liberdade de alguém, em primeiro lugar, o comportamento que a pessoa praticou tem de **representar uma ofensa a um bem jurídico penal.**

Tanto que foi dado o exemplo do homem que levou um tiro depois de morreu com um ataque cardíaco. Ou seja, se um bem jurídico não foi sequer ameaçado pela conduta, não há o que se punir. A conduta tem que representar pelo menos uma ameaça ao bem jurídico tutelado pelo DP.

Segundo o princípio da intervenção mínima, primeiro tem que essa ofensa, mas não é qualquer bem jurídico que é tutelado pelo Direito Penal, só aqueles mais importantes e só se justifica a intervenção penal naquelas lesões mais graves aos bens jurídicos mais importantes. Isso se chama princípio da Fragmentariedade. = a exigência de que o comportamento tenha sido uma lesão especialmente grave de um bem jurídico especialmente importante.

E, por fim, o princípio da subsidiariedade. Ou seja, só se justificará uma intervenção penal se chegarmos à conclusão que os outros ramos do direito não iriam dar conta de inibir a prática daquelas condutas ofensivas especialmente graves. A intervenção penal deve ser

sempre considerada subsidiária, ela é, portanto, a última arma da ordem jurídica, a última ratio, deve ser reservada às hipóteses em relação às quais tudo mais falhou.

Um outro requisito para que se obedeça ao princípio da intervenção mínima é que não se justificará a intervenção penal nas hipóteses em que se tiver lesado de forma insignificante o bem jurídico – é o princípio da insignificância ou da “bagatela”. Ora, o DP tem por função tutelar os bens jurídicos, se o comportamento sequer ameaça o bem jurídico, não há intervenção porque, justamente, falta o princípio da ofensividade (tem que pelo menos ameaçar o bem jurídico). Agora, mesmo que haja lesão ao bem jurídico, para que se justifique a restrição à liberdade é preciso que essa lesão ao bem jurídico seja minimamente importante. Ex.: Deixar de pagar um chocolate de 1,5 reais em grande supermercado. Nesse caso, existe uma lesão ao patrimônio, porém não é uma lesão tão importante que justifique que a pessoa vá para a prisão por um período de 1 a 4 anos. Esse princípio da insignificância consiste nessa exigência de um mínimo de gravidade na lesão do bem jurídico protegido que justifique pelo menos a aplicação da pena no seu patamar mínimo. Lógico que ninguém tem direito de pegar nada do comércio sem pagar, mas se quer dizer que nessas situações de insignificantes a reação da ordem jurídica deve ser exigir que a pessoa repare o dano insignificante que ela cometeu.

Frente ao princípio da insignificância, não se justifica a restrição de um direito fundamental que é a liberdade na proporção prevista no CP diante uma lesão tão insignificante para o bem jurídico. Não haveria crime, o DP não agiria nesse caso, mas o Direito Civil, por exemplo, iria atuar para ocorrer a restituição nesse caso exemplificado.

Adotando o princípio da insignificância como decorrência do princípio da intervenção mínima, qual a razão pela qual nós diríamos que não há crime nessa hipótese? Porque não há crime face ao princípio da insignificância? Por causa da TIPICIDADE, porque uma conduta é típica quando ela se adequa ao que está escrito no tipo penal. O art. 155 do CP é “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – 1 a 4 anos”. Todo tipo penal é construído pensando na tutela de um bem jurídico, tanto que caso não aja a menor ofensa a qualquer bem jurídico a conduta não será punida. Agora, se houver lesão ao bem jurídico tutelado, essa lesão tem que ter uma expressão mínima que justifique a pena de pelo menos um ano. Não haverá tipicidade porque a lesão ao bem jurídico foi tão insignificante que a tipicidade não deve ser reconhecida. Quando os tipos penais são elaborados, ao fixar a pena, o legislador está pensando numa lesão mínima ao bem jurídico que justifique essa restrição mínima.

**Para que haja crime é preciso que o comportamento tenha três características: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.**

Agora, uma coisa é o Carrefour, outra é um comércio no meio da favela. Partindo do pressuposto que devemos observar o princípio da insignificância, decorre que deve-se levar a condição econômica de quem foi lesado quanto no valor da coisa subtraída.

O princípio da intervenção mínima pode ser depreendido de onde? Em primeiro lugar, aponta-se a questão da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF/88) e isso significa que o homem, pela sua própria condição humana, tem direito que ninguém pode ferir,

lesar. A interpretação de Kant para esse princípio é de que todo ser humano é um fim em si mesmo e não algo que deva ser colocado a serviço de qualquer ideologia, de qualquer ente ou mesmo do próprio Estado. Este é construído à serviço da pessoa humana, logo o Estado tem que respeitar direitos fundamentais dela como a liberdade. Então, o princípio da intervenção mínima é sustentado no âmbito penal a partir da questão do respeito à dignidade da pessoa humana, em função do modelo de Estado consagrado na Constituição. Esse é o principal suporte teórico do P. da Intervenção Mínima.

O art. 98, I fala a União deve criar juizados criminais especiais para cuidar de infrações penais de menor potencial ofensivo. A contrário senso podemos depreender que se até mesmo as infrações de que tratam os juizados penais especiais têm que ter algum potencial ofensivo, mesmo que de menor potencial ofensivo. Ou seja, pode-se depreender que qualquer infração tem que ter potencial ofensivo, tem que ter necessidade de ameaçar bens jurídicos.

#### - Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade é empregada em dois sentidos diferentes. Aquele visto até agora é culpabilidade como elemento do conceito de crime.

O princípio da culpabilidade quer dizer que para que alguém responda por um resultado, no DP, não basta que ela tenha praticado um comportamento que deu causa a esse resultado. No âmbito do DP, para que alguém responda por um resultado não basta que tenha dado causa a esse resultado. O princípio da culpabilidade é a exigência que haja **uma ligação subjetiva, um elo subjetivo** entre o comportamento do agente e o resultado a que ele deu causa.

Ex.: Michel tenta se suicidar jogando-se na frente de um carro que estava respeitando todas as regras de trânsito. Quem atropelou pode ser condenado por ter colidido contra aquele indivíduo? Não, pois ele não teve dolo, intenção de matar e não teve culpa porque ele não tinha como prever que alguém iria tomar todas as providências para se suicidar naquele local. Quer dizer, houve entre a ação do motorista e a morte um nexo de causalidade; o resultado morte foi causado pela colisão do automóvel com o corpo. Porém, não há nesse caso culpabilidade, porque falta um liame, um nexo subjetivo entre o comportamento e o resultado que pode ser o dolo ou a previsibilidade do resultado. Ou seja, a pessoa que dirige sem respeitar as regras de trânsito tem a previsão que a qualquer momento pode prejudicar alguém.

Pelo P. da Culpabilidade deve haver o liame subjetivo (...), então uma outra decorrência desse princípio é que, no âmbito penal, a pessoa responde apenas pelos seus comportamentos, pelas suas ações e não pela sua personalidade, pelo que ela é. Então, dizemos que toda culpabilidade é pelo fato – é o Direito Penal do Fato e não do Autor.

Esse princípio da culpabilidade, segundo a maioria, pode ser depreendido do art. 5º, LVII da CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Portanto, a culpa é o fundamento das sentenças penais condenatórias.

## CORREÇÃO DA PROVA

Existe uma hierarquia dos bens jurídicos dentro do Direito Penal; a vida é mais importante que o patrimônio, por exemplo, e pelo menos no direito brasileiro, pois aparece antes do patrimônio na parte especial do Código Penal. Condutas que significam lesões ao direito à vida são criminalizadas, CP, antes de condutas contra o patrimônio.

As declarações de direitos humanos, a própria carta da ONU de 1948 é incorporada a nossa ordem jurídica, então, serve sim de orientação para o nosso legislador na hora de hierarquizar os bens jurídicos.

Pelo menos no direito penal, há que se partir do princípio de que existe uma hierarquia dos bens jurídicos, baseado na hierarquia dos valores que esses bens jurídicos representam. Tanto isso é verdade que o art. 24 do CP – “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” (norma permissiva) – coloca que a pessoa não cometerá crime se estiver em estado de necessidade, uma causa de exclusão, uma justificadora. Agora, quando a pessoa está em estado de necessidade? Quando, para salvar de perigo atual, a pessoa sacrificar direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Ou seja, quando houver embate de direitos no âmbito penal, é preciso verificar a importância dos bens jurídicos que estão por trás desses direitos. Ex.: Naufrágio de um navio; não havia bote salva-vidas para todos, na verdade, havia apenas para a primeira classe. Houve uma luta para sobrevivência; que conseguisse sair vivo não cometia crime nenhum porque sacrificou a vida do outro para proteger a si mesmo, não é razoável que eu sacrifique a minha vida para proteger a vida de um terceiro que eu não conheço. Agora, se alguém percebe que a sua casa está em chamas e quer salvar objetos de valor de dentro dela, não pode exigir que ninguém entre na casa para recuperar os seus bens. Então, o estado de necessidade só é possível prevalecer, excluir criminalidade, se o direito sacrificado for de UM VALOR MENOR ou IGUAL ao que eu protegi. Logo, o art. 24 deixa claro que, no direito penal, existe hierarquia entre os bens jurídicos.

O professor acredita que o Legislador, para facilitar as coisas, tenha nos dado um art. Na Constituição em que se pode perceber a hierarquia que o constituinte reconhece em relação aos direitos fundamentais, do quais depreendemos valores que, por sua vez, são protegidos como bens jurídicos no DP, que seria o art. 5º. O nosso legislador quer estabelecer, entre os direitos fundamentais, a hierarquia dos bens jurídicos no art. 5º a partir da ordem com que ele faz referência à inviolabilidade dos direitos fundamentais, conforme se verifica no caput deste artigo: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito **à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**, nos termos seguinte”.

Dentro da nossa ordem jurídica, está a Constituição e as demais leis, enquanto que os tratados e convenções não são fruto do poder legislativo, da deliberação do poder



legislativo, da soberania popular no sentido de resultarem de votação no CN. Então, para que tenham validade dentro da ordem jurídica, a Constituição prevê um procedimento para que sejam incorporados à nossa ordem jurídica, mas nada impede que o legislador se inspire no que dispõem esses tratados para elaborar leis, bem como em algo que não esteja na lei.

- Exegética quer dizer relativa à interpretação. Quer dizer que, quando se interpretar a lei penal, deve-se ter presente qual o bem jurídico a que ela se refere. Ex.: princípio da insignificância, aquelas condutas que não ofenderem minimamente o bem jurídico não podem ser consideradas típicas; então, o que seja o bem jurídico é importante para que se saiba se a conduta agrediu o bem jurídico de uma maneira relevante e se por isso há ou não crime. Quer dizer que a noção de bem jurídico auxilia o intérprete a aplicar a própria lei.

- Função dogmática porque muitos conceitos do direito penal, como de resultado e tentativa, por exemplo, dependem do conceito de bem jurídico.

- função crítica, porque essa função é talvez a principal que o conceito de bem jurídico deve desempenhar. Sabendo o que é o bem jurídico, quando estamos diante do bem jurídico, podemos avaliar se o legislador, ao elaborar a lei, ultrapassou ou não que a própria constituição permite a ele atuar. O legislador não pode proibir penalmente condutas que bem entenda, pois deve observar princípios, como o da intervenção mínima, da ofensividade etc. Sabendo qual é o conceito de bem jurídico, cada vez que for promulgada uma lei penal, é possível avaliar se o legislador observou a necessidade de criminalizar apenas condutas que ofendam o bem jurídico.

- *Princípio da individualização da pena vem depois do direito penal do fato.* Depois que eu percebi que a pessoa praticou um crime, então será estabelecida a pena, e como quem vai para a cadeia é a pessoa e não o fato, ocorre a individualização da pena, sempre dentro dos marcos que a própria lei permite.

Questão aberta -> Pág. 39 dignidade da pessoa humana, pág. 44 autolesão. Expõe genericamente que, em princípio, essas duas razões não se prestam para fundamentar exclusivamente elas a criminalização das condutas. Em algumas circunstâncias, a dignidade da pessoa humana pode admitir.

## RETORNO MATÉRIA

Princípio da proporcionalidade – é aquela ideia de que aos crimes mais graves devem corresponder as penas mais graves; deve-se respeitar uma proporcionalidade entre a gravidade do fato e a gravidade da pena. Levado a ferro e fogo é a Lei de Talião, então, é necessário ter cuidado ao falar da proporcionalidade no âmbito penal. Se fosse uma proporcionalidade estrita, toda vez que alguém cometesse homicídio, a pena justa seria a pena de morte. É uma proporcionalidade, porém conjugada com a razoabilidade. Ou seja, se a pena mais grave no Brasil é a privativa de liberdade e o máximo de tempo é de 30 anos, essa deve ser aplicada ao crime mais grave. Não está expresso na Constituição, mas esse princípio pode se depreendido do princípio da dignidade da pessoa humana, do

modelo de estado democrático de direito, condizente com o respeito dos direitos fundamentais e, também, do princípio da igualdade, porque igualdade é tratar os desiguais na medida em que eles se desiguam. À medida que eu tenho diferenças concretas e substanciais, a lei deve respeitar isso de modo que se promova a igualdade substancial e efetiva.

Princípio da Adequação Social – Quando o legislador proíbe condutas, ele o faz porque valorou um bem jurídico para a sociedade e percebeu aquela conduta como ofensiva ao bem jurídico. Agora, se nas circunstâncias concretas a sociedade não percebe aquela conduta como ofensiva ao bem jurídico, ainda que ela seja adequada para o tipo penal, ela não será considerada típica. Isso porque o tipo penal tem o conteúdo MATERIAL que é a reprovação que há sobre a conduta descrita. O legislador não descreve como proibida qualquer conduta conforme seus desejos, ele o faz porque percebe aquela conduta como sendo reprovada pela sociedade. Então, na medida em que a conduta do caso concreto torna-se adequada ao tipo penal, porém não seja reprovada pela sociedade, não há como haver tipicidade. O princípio da adequação social afasta do DP porque torna atípica as condutas que não forem consideradas inadequadas socialmente.

Princípio do non bis idem = ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. A pessoa tem que ser punida, porém não duas vezes pelo mesmo fato. Prova-se a adoção desse princípio no art. 8º do CP – “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.” Abate da pena o tempo cumprido lá fora.

Algumas vezes, alguns fatos são tão importantes que a punição deles mesmo que tenha ocorrido no exterior, interessa ao Brasil. Ex.: Assassinato do Presidente em visita a um país estrangeiro. Seria punida aqui também, porque é um crime muito importante.

ART. 1º AO 8º DO DIREITO PENAL. Regras que vão orientar o aplicador da lei penal para saber qual a lei terá vigência em relação a um determinado fato, na hipótese de que haja sucessão de leis penais no tempo. Isso significa que, algumas vezes, pode acontecer que um fato criminoso seja praticado num determinado dia e, depois da sua prática e antes da deliberação do juiz, entre a data do fato e o momento da sentença, pode ser que aconteça de surgir uma nova lei que regulamente fatos da mesma espécie daquele que foi praticado anteriormente. Então, pode surgir a dúvida se a sentença ocorrerá de acordo com o fato praticado ou de acordo com a lei nova que está em vigor no momento de decisão do processo.

Outras vezes, acontece um crime no Brasil, e, em razão da tamanha relevância daquele fato, outro país também tem interesse em julgar aquele fato. Então, pode haver dúvida acerca de qual lei deve prevalecer; a lei do local em que o crime foi praticado ou da nacionalidade do criminoso.

Por fim, temos a chamada questão de aplicação da lei penal em relação às pessoas. Algumas pessoas, os diplomatas e os parlamentares, exercem cargos e funções que, para o seu correto desempenho, exigem que as pessoas investidas nesses cargos tenham uma prerrogativa maior diante da aplicação da lei penal. Então, convenções internacionais em

relação aos diplomatas e a CF em relação aos parlamentares estabelecem prerrogativas que chamamos de IMUNIDADES que dão tanto a diplomatas quanto a parlamentares prerrogativas de tratamento diferenciado perante a lei penal. Prerrogativas que apenas se justificam pela natureza das funções que desempenham, não por privilégios.

- 1) Adonias cometeu um crime contra o meio ambiente, no dia 18/02/2002, cuja pena era, no momento da prática do crime, de 3 a 8 anos. No dia 05/09/2002, entrou em vigor uma nova lei (lei nº 1) estabelecendo para esse crime a pena de 1 a 4 anos. No dia 07/05/2003, entrou em vigor uma nova lei (lei nº 2), modificando novamente a pena do mencionado crime, estabelecendo que seria 5 a 12 anos. Se essa pessoa fosse julgada hoje, em qual pena poderia ser condenada?

Esse exemplo é problemático porque tem a sucessão de três leis penais.

Retroatividade = pensar nos efeitos para trás. Ultratividade = pensar nos efeitos para a frente.

Imaginamos que hoje temos uma lei que é mais benéfica e, amanhã, uma lei que é mais gravosa. Pratico o ato hoje, amanhã vem uma lei que é mais gravosa. E, conforme estudado, a lei posterior vai revogar a lei anterior; é como se a lei que existiu quando eu pratiquei o meu ato ilícito não existisse mais. Só que ela é a lei mais benéfica e não dá pra dizer que a lei na qual eu pratiquei meu ato vai retroagir porque estamos no futuro, não dá pra pensar em efeitos no passado.

Supondo que eu pratico um ato ilícito hoje com uma lei mais gravosa, e amanhã aparece uma nova lei mais benéfica. Esta vai ser retroativa, vai produzir efeitos no passado. Estende seus efeitos para o passado porque é mais benéfica.

Se a lei posterior é mais gravosa, não dá dizer que a lei posterior irá estender seus efeitos para o passado. Não é ela que será aplicada, mas a lei do passado que é mais benéfica, que vai estender seus efeitos para o futuro. Isso é a Ultratividade.

- Regra Tempus Regit Actum = aplica-se a lei do momento do fato. A lei penal não retroagirá; uma vez editada ela começa a valer dali em diante, porque a proibição que a lei penal traz vai condicionar a conduta humana, como uma garantia do indivíduo, de que ele só será punido por condutas que estão previamente estabelecidas em lei, dialogando com os princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal estudados.

**EXCEÇÃO-EXTRATIVIDADE – Retroatividade e Ultratividade.**

Porque, na questão 1, a pena intermediária, de 3 a 8 anos? Porque temos dois marcos temporais importantes, o **MOMENTO DO FATO** e o **MOMENTO DO JULGAMENTO**. No exemplo, a lei intermediária não faz parte de nenhum desses marcos importantes; não é nem a lei do momento do ato nem da aplicação. Por isso, em razão da conjugação dos dois elementos, retroatividade e Ultratividade, que dá pra escolher a lei intermediária. **A LEI MAIS BENÉFICA TEM ULTRATIVIDADE E RETROATIVIDADE E SEMPRE VAI PODER SER APLICADA.**

A lei mais benéfica vai estender seus efeitos para os indivíduos que estão sendo investigados, julgados, que estão com recurso pendente e inclusive os que foram condenados e estão cumprindo pena. **SÓ VAI RETROAGIR A LEI MAIS BENÉFICA E SÓ VAI TER ULTRATIVIDADE A LEI MAIS BENÉFICA.**

Normalmente, quando se fala de lei intermediária se fala de **CONJUGAÇÃO DE LEI**. Imaginemos que tivéssemos, no exemplo, na lei nº 2 (mais recente) a pena ficou maior, mas surgisse um benefício e na lei nº 1 (anterior) mais benéfica. Eu posso pegar duas partes e “combinar”? A doutrina diz que não pode se fazer essa conjugação de leis, pois isso seria criar uma lei. A expressão que se utiliza para essa terceira lei é “lex tertia” – nesse ponto o juiz estaria agindo como legislador, o que não pode. -> Inadmissibilidade da aplicação da Lex Tertia.

Se não se sabe qual é a mais benéfica, pergunta-se ao investigado e ele decide qual o benefício que ele prefere.

- 2) Serafim Ponte Grande está sendo processado por prática de adultério (art. 240 CP) cometido em 15/08/2004. Suponha que em 25/09/2004 fosse promulgada uma lei que revogasse o crime de adultério. Suponha ainda que o legislador, em razão da péssima repercussão da mencionada lei, tivesse aprovado uma nova lei, promulgada em 07/01/2005, tipificando novamente o crime de adultério. Diante desse quadro, como ficaria a situação do acusado? Absolvido. Se alguém praticar a partir da nova lei (última) será tipificado.

**ABOLITIO CRIMINIS** – Art. 2º CP – “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.**” -> O abolitio criminis é uma lei posterior que deixa de prever aquela conduta com crime. Ou seja, não há mais o crime. A consequência disso é que se a pessoa estava respondendo em inquérito, processo – trancamento, ficha de antecedentes criminais cessam, o condenado recupera sua liberdade. -> Todos os efeitos penais cessam. E os efeitos civis? Persistem. E se a pena aplicada for de multa? É extinta.

**NOVATO LEGIS INCRIMINADORA** – É a lei posterior que prevê como crime uma conduta que até ali não era considerada ilícita. Essa lei não vai retroagir, estender seus efeitos; irá valer a partir daquele momento.

**NOVATIO LEGIS IN PEJUS** – A lei posterior que seja prejudicial; não só de pena, causas de exclusão de ilicitude e culpabilidade, maior número de previsões de prisão preventiva etc. São quaisquer situações que causam malefício direto à liberdade do indivíduo. – Lex Gravior é pra lei mais gravosa.

**NOVATIO LEGIS IN MELLIUS** – Inovação legislativa mais benéfica. Lex Mitior – lei mais benéfica.

**Crime Permanente** – aquele delito que está permanentemente lesando o bem jurídico, como é o caso do sequestro. É um crime só, ainda que possa perdurar por meses.

Crime continuado – é uma ficção jurídica em que o indivíduo pratica mais de um crime e que, pelas suas características, por se tratar de um delito que ofenda o mesmo bem jurídico, considera-se como um crime só. -> Art. 171 do CP – “Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

Matar diversas pessoas colocando uma bomba em um prédio, por exemplo. -> Homicídio -> Não dá pra dizer que é um crime continuado, porque não se pode afirmar que a vida de uma pessoa é continuidade da vida da outra.

Supondo que um indivíduo é sequestrado durante a vigência de uma lei mais benéfica e quando a pessoa é solta, a lei vigente é uma lei mais gravosa. Qual se aplica? A mais gravosa. O bem jurídico tutelado está sendo violado permanentemente.

SÚMULA 711 DO STJ - 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.

AULA 06/05

5) O crime de latrocínio (art. 157, parágrafo 3º) tinha a pena mínima cominada em 15 anos. A lei 9426 de 24/12/1996 modificou o referido parágrafo 3º, cominando a pena mínima em 20 anos. Josenerildo cometeu o crime de latrocínio em 07/03/1996. Antônio cometeu o mesmo crime em 05/12/1998. Antônio foi preso flagrante. O crime de Josenerildo, por sua vez, ficou com autoria desconhecida até setembro de 2004, quando uma testemunha o reconheceu e chamou a polícia. Diante disso, quais serão as penas mínimas a que serão condenados Antônio e Josenerildo?

A lei mais favorável só retroage em relação aos fatos praticados na vigência dela. O Antônio praticou o crime na vigência da lei mais grave.

A regra geral, em matéria de aplicação do direito penal, está no art. 4º do CP – TEMPO DO CRIME “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado” – É a teoria do TEMPUS REGIS ACTUM. Ou seja, aplica-se ao fato a lei que estava vigorando quando ele foi praticado. Ou outro modo de dizer é a Teoria da Atividade – o fato considera-se praticado no momento da ação ou omissão ainda que seja outro o momento do resultado.

A súmula 711 diz que nos casos de crimes permanentes e continuados, se, nesse tempo, entre o início do crime e o fim do crime a lei for trocada e aparecer uma lei mais grave, deve-se aplicar a lei nova, ainda que mais grave. Isso porque, normalmente, os crimes acontecem normalmente em um determinado instante, são chamados INSTANTÂNEOS. João atira em Pedro – posso determinar o instante que o crime de homicídio ocorreu. Por isso tem que valer a lei daquele momento. Como em um crime permanente, a lesão se

prolonga no tempo, então se entrar em vigor uma lei mais grave, como o crime continua se perpetuando, aplica-se a lei mais grave.

Josenerildo -> Cometeu o crime em 07/03/1996. -> Aplica-se a lei mais antiga, pena de 15 anos.

Antônio -> Cometeu o crime em 05/12/1998 -> Aplica-se a lei que coloca a pena de 20 anos.

REGRA GERAL DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO -> ART. 4º DO CP -> TEORIA DA AÇÃO. Aplica-se a lei em vigor no momento da ação. Essa lei pode ser afastada? Pode, caso entre em vigor uma lei mais benéfica.

Ações supervenientes são decorrentes do crime -> responsabilização.

Leis Excepcionais e Temporais – art. 3º do CP

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 praticado durante sua vigência.

Normalmente, as leis são produzidas para vigorar por tempo indeterminado. Essas duas modalidades de leis, temporárias e excepcionais, são diferentes porque trazem condições que devem vigorar para que ela tenha força, ex.: epidemia, criminaliza determinadas conduta como, por exemplo, não pode entrar no país se realizar exames. Leis previstas para vigorar durante uma situação excepcional; estará escrito que irá vigorar durante o tempo necessário para fazer frente a determinada questão. Pode durar um ano ou dez anos, indeterminado.

Leis temporárias trazem no seu texto determinado tempo que irão vigorar, especificam o tempo de duração. Era difícil dar exemplos, mas com a Copa do Mundo teve a Lei Geral da Copa – durante o tempo que se realizou o evento, um pouco antes até um pouco depois do torneio, alguns crimes como de falsificação de documentos, de uso indevido de marcas etc. sofreram agravamento nas penas quando praticados em relação à Fifa. Falsificar documentos da Fifa, falsificar marcas que patrocinavam o evento etc., tinham penas mais severas, maiores do que antes desse período. O que acontece é que as leis temporárias duraram pouco tempo, em geral, então, como há muitas chances de que seja um período pequeno, imagina-se que para que elas fossem efetivamente aplicadas, o processo tivesse que se esgotar durante a vigência delas. Então, elas seriam praticamente letra morta. Por isso, caso não tivesse o art. 3º, não haveria efetividade. -> “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”. Devido à natureza dessas leis, considera-se que há a necessidade de dar a essas leis o efeito de Ultratividade, ou seja, elas poderão ser aplicadas ainda que não estejam mais em vigor, entretanto em relação àqueles fatos que foram praticados na vigência dela. Isso ainda que o crime seja extinto.

Princípio da Territorialidade é consagrado no art. 5º do CP, porém “temperado”.

Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

Temperado porque há exceções baseadas, portanto, na adoção de outros princípios que são: princípio da nacionalidade, princípio da defesa real; princípio da representação ou da bandeira e o princípio da justiça penal universal. Então, no Brasil, a regra geral é o princípio da territorialidade, mas há exceções que estão no art. 7º do CP.

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - os crimes:

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;

II - os crimes:

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; ([Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984](#))

b) praticados por brasileiro; ([Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984](#))

c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. ([Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984](#))

§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. ([Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984](#))

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: ([Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984](#))

a) entrar o agente no território nacional; ([Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984](#))

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.

§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

a) não foi pedida ou foi negada a extradição;

b) houve requisição do Ministro da Justiça.

O art. 7º comporta dois grupos de extraterritorialidade:

-incondicionada -> inciso I. Na hipótese do inciso I, são crimes tão importantes para o Brasil, que não importa que tenha ocorrido no estrangeiro, sempre haverá processo e julgamento no Brasil.

-condicionada -> inciso II. As hipóteses do inciso II são casos que poderão suscitar processo no Brasil, desde que estejam presente as condições também previstas nesse art. 7º, só que no parágrafo 2º. -> estabelece as condições para que se aplique a lei brasileira nas hipóteses art. 7º, inciso II. -> extraterritorialidade condicionada.

1) Um navio holandês privado, aportado no porto de Santos recebe gestantes que desejam fazer o aborto. Ao completar a lotação, o navio navega até o alto mar, onde médicos realizam abortos. Será aplicável a lei penal brasileira? Não. Porque, para aplicar o princípio da territorialidade, o navio deveria estar mar territorial brasileiro e ele está em ALTO MAR. Alto mar é local onde nenhum país exerce jurisdição, e se nenhum país exerce jurisdição, vale a lei da bandeira do país de origem do navio. **PRINCÍPIO DA REPRESENTAÇÃO DA BANDEIRA.**

Agora, o art. 5º também define o que é considerado território brasileiro por ficção. Então, quando o navio brasileiro for de natureza pública, onde ele estiver, o Brasil considera que os fatos praticados a bordo dele são fatos praticados em território brasileiro. Um navio brasileiro que o governo alugue para transportar autoridades, por exemplo, é de natureza privada, mas está a serviço do governo. Então, onde que quer que ele se encontre, o Brasil considera que se aplica a lei penal brasileira.

As embaixadas, houve por muito tempo, uma teoria que dizia que as embaixadas eram território do país que elas representavam. Essa teoria, hoje, é só fato histórico. A embaixada é território do país em que estão. Significa que as embaixadas, os consulados não podem ser violados porque as pessoas que lá trabalham tem prerrogativas e para assegurar essas prerrogativas é preciso que elas não sejam violadas.



Embora a constituição fale, no art. 53, caput, que a inviolabilidade dos parlamentares federais se refere às suas palavras, opiniões e votos e é tanto de natureza penal quanto de natureza civil. Não admite sequer indenização no âmbito civil.

Se for dentro da casa legislativa, não há como responsabilizar em termos penais, apenas pode dar sustentação fundamento para levar esse parlamentar ao conselho de ética da câmara e até mesmo à cassação do seu mandato. Mas sempre uma questão disciplinar, interna corpus da câmara. → Em relação à decisão da indenização da Maria do Rosário pelo Bolsonaro.

Injúria Real = quando se atinge o corpo com a intenção de atingir a alma.

→ Conflito aparente de normas ou leis penais.

Hipótese. O crime de contrabando está descrito no art. 334-A do CP. O crime de contrabando acontece quando alguém importa ou exporta mercadoria proibida. Então, quando alguém vai para o exterior e traz perfumes, notebooks etc. e isso supera o valor permitido para entrar no país sem pagar impostos constitui o crime de **descaminho** (art. 334). Contrabando é entrar com maquina caça-níquel, cigarros.

E também temos o art. 33 da lei 11343 de 2006 que diz que é crime o tráfico de entorpecentes para o Brasil, segundo aquelas substancias definidas na portaria da Anvisa.

Supondo que alguém tentasse entrar no Br. com quatro quilos de cocaína, qual lei deveria ser aplicada a esse crime?

Um outro exemplo. A mãe, durante ou logo após o parto, mata o filho. Ela responde por homicídio ou infanticídio?

Em algumas hipóteses, pegamos uma conduta do mundo real e temos dúvida na aplicação do direito penal à essa fato, pois parece que esse se adequa a dois tipos penais.

O nosso legislador sabe dessa questão, ainda mais diante da alta quantidade de leis presentes no ordenamento. Em primeiro lugar, segundo o princípio non bis idem, é preciso escolher um artigo para aplicar àquela situação. Não é possível aplicar duas penas a uma conduta.

Na verdade, trata-se apenas de um conflito aparente de leis penais.

Critérios/Princípios pelos quais podemos identificar o artigo que prevalece diante de um conflito aparente de normas penais:

a) Critério ou princípio da especialidade. O mais importante. Está expresso no art. 12 do CP.

b) Critério ou princípio da subsidiariedade

c) Critério ou princípio da consunção

a) → Quando que um artigo é especial em relação a outro? Quando ele contém tudo que o outro artigo contém mais alguns elementos que a gente chama especializantes. Regra:

a lei ou artigo especial afasta a aplicação do artigo ou lei comum. “Lex specialis derogat lex generalis” = a lei especial derroga a lei geral.

Então, por que o infanticídio é especial em relação ao homicídio? Porque ele tem todos os elementos do homicídio mais alguns que são especializantes. Ou seja, a exigência de que o sujeito ativo seja a mãe, a exigência de que a vítima seja o filho, a circunstância de estar em estado puerperal, a circunstância de ser durante ou logo após o parto. Então, todos esses elementos são elementos especializantes. Da mesma forma o tráfico de entorpecentes diante do contrabando. O primeiro tem todos os caracteres do contrabando – importar ou exportar mercadoria proibida, só que ele se refere a uma espécie determinada de substância proibida, as entorpecentes.

Quando o princípio aplicado é o da especialidade, não é preciso que o tipo penal que prevalece puna com uma pena mais grave do que a que da lei penal.

Art. 12 do CP. “As normas gerais deste Código, aplica-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. A contrário censo, toda vez que a lei especial dispuser de modo diverso, prevalece a lei especial. Ou seja, o código é subsidiário em relação às leis especiais.

b) → Caso não se possa resolver o conflito pelo critério anterior, recorre-se a outros.

A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita.

Pelo princípio da subsidiariedade, falamos que a lei principal afasta a lei subsidiária ou “lex principalis derogat lege subsidiariae” = a lei principal afasta a lei geral. Ao invés de uma relação de especialidade, devemos tentar identificar qual a lei principal em relação a uma outra lei. A forma mais fácil de identificar isso é lendo o CP; ex.: art. 132 do CP. “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.” Essa expressão “se o fato não constitui crime mais grave”, vai aparecer sempre que o legislador quiser indicar que aquele tipo penal é subsidiário em relação a outro. E aqui, então, a lei principal será sempre mais grave, diversamente do princípio anterior. **A LEI PRINCIPAL QUE VAI AFASTAR A LEI GERAL É SEMPRE COM PENA MAIS GRAVE.** Quando a subsidiariedade for expressa, vai aparecer essa expressão.

Outra coisa importante para identificar o princípio da subsidiariedade é que tanto o tipo penal principal quanto o tipo penal subsidiário protegem o mesmo bem jurídico. No exemplo anterior, o contrabando é um crime contra o estado, já o crime de tráfico ilícito de entorpecentes fere o bem jurídico que é a saúde pública. Então, no princípio da especialidade podem haver bens jurídicos diferentes, enquanto que no princípio da subsidiariedade NÃO. Na subsidiariedade, eu tenho uma lei principal e uma lei subsidiária e as duas leis protegem o mesmo bem jurídico. A que vai prevalecer será aquela com a maior penal.

Outras vezes, essa subsidiariedade será tácita, ou seja, não haverá uma indicação clara na lei como ocorre na expressa. Isso causa certa polêmica; os exemplos de vários autores, as vezes são os mesmos mencionados por outros autores como aqueles usados para

exemplificar a aplicação do princípio da consunção. Isso porque o princípio da subsidiariedade tácita e aquele da consunção não estão expressamente definidos na lei. Estes são criações doutrinárias, jurisprudenciais, por isso que há, muitas vezes, divergência.

Como resolver isso? Vamos pegar exemplos que são mais ou menos consensuais. Ex.: A maioria dos autores menciona os chamados CRIMES COMPLEXOS. Crime complexo é aquele que é formado a partir da união de duas condutas que são crimes autônomos, ou seja, existem duas condutas que já são criminosas e o legislador cria um novo tipo penal unindo essas duas condutas que já são crimes em si e de maneira autônoma. Ex.: roubo = subtrair coisa alheia móvel para si e para outrem (furto), mediante violência (violência, lesão corporal) e grave ameaça (ameaça). O roubo é formado pela união do furto. Geralmente, o crime complexo reúne condutas que atingem bens jurídicos diferentes.

Os autores se referem ao crime subsidiário, que fica afastado, como “soldado de reserva”.

c) Critério da consunção. “lex consumens derogat consuatae”= a lei consumidora afasta a lei consumida, ou, fala-se que uma lei consome a outra.

Ocorre aplicação desse princípio quando um crime é considerado meio para realizar um crime que é considerado fim. Quando existe uma relação de meio e fim entre dois crimes, um é considerado absorvido pelo outro. Ex.: Uma pessoa dá um facada no coração, e acerta o pulmão, na segunda tentativa consegue acertar o coração. Na primeira facada, houve uma facada, mas ela errou o local, mas ela visava a morte. Então, o juiz não vai condenar essa pessoa por tentativa de homicídio mais homicídio ou por lesão corporal mais homicídio. Isso porque cada ato praticado visava o mesmo fim. Ex.2: Uma pessoa resolve levar a televisão do vizinho e arromba a porta da casa, entra e leva o televisor. Como levar o aparelho sem entrar na casa? Ou seja, a invasão de domicílio foi o crime MEIO para chegar ao furto, o crime FIM.

Normalmente, o crime fim tem uma pena bem maior que o crime meio. Exceção muito importante na jurisprudência: falsificação de documento público para cometer estelionato. A falsificação de documento público tem uma pena maior que a do estelionato.

Esse crime que foi absorvido não é punido, se pune apenas o crime fim. Esse crime absorvido é chamado de antefato impunível = fato criminoso absorvido pelo crime fim.

Supondo que o sujeito furtou a televisão, chega na sua casa e quebra a tv. Ele comete um novo crime, o crime de dano? E se a pessoa mata a outra e enterra no fundo do quintal; responde por isso?

No princípio da consunção, sempre vai ter um fato que antecede o fato final que fica impunível (antefato), porque ele é absorvido. Agora, em relação ao pós fato, aquilo que vem após o crime fim, é preciso observar que se ele se referir ao mesmo bem jurídico do crime fim, ele não é punido (pós-fato impunível). Porém, se o pós-fato se referir a um outro bem jurídico que não do crime fim (homicídio e ocultação de cadáver), esse pós fim não é impunível.

## TEORIA DO CRIME

Estuda-se, na teoria do crime, justamente como devemos proceder para identificar que uma conduta é criminosa. Quais as características que devem ter uma conduta para classificá-la como criminosa.

Teoria do crime ou do delito, pois crime e delito são sinônimos. Entretanto, crime e delito não são a mesma coisa que contravenção penal. Podemos dizer que os três são espécies de um gênero que chamamos de INFRAÇÃO PENAL. Esta é toda conduta que viola uma norma contida numa lei penal. No Brasil, temos duas espécies de infração penal, os crimes ou delitos e as contravenções penais. Por isso, nós chamamos o nosso sistema de sistema binário. Binário porque diferencia duas espécies de infrações penais.

Ao contrário da França, por exemplo, em que temos 3 espécies de infrações penais. Na França o crime é toda infração penal em que a pena supera 10 anos. Abaixo de dez anos é delito e as contravenções são puníveis com multa.

A contravenção no Brasil também admite pena privativa de liberdade.

No Brasil, a grande maioria das contravenções se encontra na Lei das Contravenções Penais. Elas não se encontra no CP, mas no decreto-lei 3688/1941. Mas também existem contravenções em leis extravagantes. Exemplos de contravenções penais: jogo do bicho, vadiagem (aquele que precisando trabalhar e sendo apto para o trabalho, opta por viver as custas alheias), importunação ofensiva ao pudor. As contravenções, então, são as espécies mais leves dos crimes penais.

Também é possível diferenciar uma contravenção de um crime pela espécie de pena privativa de liberdade prevista para aquela situação. Pena privativa de liberdade é prisão, quando é uma prisão posterior à condenação. Espécies de penas privativas de liberdade:

Reclusão – crime. Pode chegar a trinta anos. Pode iniciar em qualquer dos regimes.

Detenção – crime. Pode chegar a trinta anos. Pode iniciar em qualquer dos regimes.

Prisão simples – contravenção penal. Ela pode chegar no máximo a 5 anos. Nunca será cumprida em regime fechado. Será em regime semiaberto ou aberto.

Na Lei de Introdução ao CP, no art. 1º, dá essa distinção entre crime, delito e contravenção.

Art.1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Três maneira de conceituar o crime:

- a) Conceito formal
- b) Conceito material
- c) Conceito analítico

O conceito formal é o mais simples, o mais elementar deles. Pela maneira formal de conceituar o crime, esse seria sempre um comportamento que viola o comando de uma norma estabelecida numa lei penal. Então, o crime seria o comportamento que viola o comando de normas que estão em leis penais. Não apenas os crimes são comportamentos que violam normas contidas em leis penais. As contravenções são também comportamentos que violam normas contidas em leis penais, só que os crimes são comportamentos mais graves.

Esse conceito formal não é completo, ele tem deficiência porque nós temos de que um comportamento, apesar do seu aspecto exterior, observado seu modo de ser externo, ele se adequa ao que está escrito num tipo penal, na realidade eu não posso reconhecer nele a existência de fato típico, portanto, não posso reconhecer nele um crime. Aparentemente se adequa a um tipo penal, mas sequer será considerado típico. Ex.: se alguém subtrai um bombom do Carrefour comete um crime de furto. Aparentemente se trata de um comportamento típico, que viola uma norma penal que consta no CP, mas, mesmo assim, eu não posso dizer que é um comportamento típico, porque falta a esse comportamento o elemento da exigência de que esse comportamento venha a lesar de maneira relevante um bem jurídico. Ou seja, o roubo do bombom não será considerado crime em virtude do Princípio da Insignificância. Este afasta o caráter típico do fato, por causa do aspecto material que se exige de toda conduta típica.

Toda conduta típica tem o aspecto formal (adequação àquilo descrito no tipo penal) e o aspecto material (lesa de uma maneira minimamente relevante o bem jurídico protegido). O conceito formal sozinho não diz nada, é insuficiente. E, portanto, trabalhou-se para conceituar de maneira melhor o crime.

O conceito material radicaliza no sentido oposto. Isso porque diz aqui que crime seria todo comportamento que lesa um bem jurídico penalmente relevante, ou, lesa um bem jurídico importante para a sociedade, e também não é só isso. Existem comportamentos como a prostituição que ofendem aquilo que a sociedade considera correto para obter dinheiro, mas a prostituição não é crime no Brasil. Ou seja, não é suficiente que tal comportamento lese aquilo que a sociedade compreende como certo ou errado. É fundamental que exista uma lei definindo aquele comportamento como crime. Como o conceito material quer superar os erros do conceito formal, ele acaba caindo no exagero ao oposto que dá valor só a questão do bem jurídico e despreza a questão da infração a norma penal.

Os conceitos formal e material separados são insuficientes. Então, chegou-se ao conceito analítico do crime, que é aquele que foi formulado com a intenção de fornecer as características de um comportamento para que ele seja considerado criminoso.

O conceito analítico propõe-se, então, a apontar aquelas características que vão nos permitir identificar num comportamento o seu caráter criminoso. Quais são essas características?

Em primeiro lugar, em função de que o nosso direito penal ele é um DP de uma sociedade que tem uma constituição que se propõe democrática, por esses fatores, o nosso direito

penal é sempre o DP do fato e não do autor. Então, o elemento fundamental do conceito analítico do crime é sempre um comportamento, uma conduta, tanto que qualquer lei penal e procurar tipos penais, o que estará descrito serão sempre condutas. Isso, pois o nosso DP é do FATO. Os crimes são sempre FATOS.

Considerar a reincidência seria paradoxal. O legislador tem que se guiar pelos princípios constitucionais, porém...Conceitos como o de reincidência estão na fronteira entre DP do fato e DP do autor.

Além disso, esse comportamento humano tem que ser típico, tem que ter tipicidade. Um comportamento humano será típico quando se adequar àquilo descrito num tipo penal de maneira que ele viole de uma maneira minimamente relevante o bem jurídico protegido. Porém, para que haja crime ainda é necessário a ILICITUDE. Um comportamento é ilícito quando esse comportamento típico não tiver sido praticado em nenhuma hipótese de exclusão da ilicitude previstas no art. 23 do CP.

#### EXCLUSÃO DE ILICITUDE.

Art. 23. Não há crime quando o a gente pratica o fato:

- I- Em estado de necessidade;
- II- Em legítima defesa;
- III- Em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Estrito cumprimento do dever e exercício regular do direito não estão definidos no CP. O CP simplesmente menciona essas duas situações como hipóteses de exclusão de ilicitude. Porém quais seriam essas hipóteses? Para encontrar é preciso investigar toda a ordem jurídica. Antes de dizer que um fato é ilícito eu tenho que examinar se aquele fato típico não foi praticado em obediência a um dever legal estabelecido por um outro ramo do direito, como o direito civil, administrativo, etc. Pode acontecer de um fato típico e criminoso deixar de ser criminoso porque ele é praticado numa situação em que a lei exige que ele pratique aquele fato. Ex.: no Brasil, não temos pena de morte em tempo de paz, mas em tempo de guerra sim. Estando no estrito cumprimento do dever legal imposto pela legislação militar, não haverá crime na pena de morte, em virtude da ilicitude. É uma situação que afastou a ilicitude com base numa lei militar. Ex.: No direito civil, quando impõe o Poder Familiar, que pode levar o pai e mãe a proibirem de sair numa determinada noite; o adolescente tem a sua liberdade cerceada, mas não há crime nisso, porque os pais estão no cumprimento do estrito dever legal. Ex.: desforço imediato estabelecido no CC. As hipóteses que vão afastar a ilicitude estão em outros ramos do direito.

Além das causas legais de exclusão da ilicitude, podemos citar o consentimento do ofendido que seria uma causa supralegal de exclusão da ilicitude. Supralegal porque não está na lei, dentre as hipóteses do art. 23, mas deriva de uma questão de bom senso, de justiça. Ex.: no CP existe o crime de dano, que é a pessoa destruir, danificar coisa alheia. Se alguém contratado pelo dono de imóvel implode uma casa para fazer outra, essa pessoa está destruindo coisa alheia (prática da conduta descrita no CP), mas essa conduta não pode ser considerada criminosa, porque o titular do bem jurídico autorizou a implosão

Essa conduta não será criminosa porque, apesar de típica, ela não é ilícita, com fundamento no consentimento do ofendido. O consentimento do ofendido tem limites (eutanásia); o patrimônio é um bem jurídico disponível, agora a vida é considerada um bem jurídico indisponível, tanto que existe o crime de participação no suicídio.

Quando falamos em culpabilidade, para que haja crime é preciso ainda que esse fato que já foi avaliado como típico e ilícito, já pode ser chamado, então, de um INJUSTO PENAL. Um injusto penal é um fato que tem as características da tipicidade e da ilicitude. Para ser crime, é preciso da culpabilidade. Podemos, então, definir crime como um injusto culpável.

Essa culpabilidade significa a reprovação que recai sobre quem praticou um injusto penal, quem poderia ter atuado em conformidade com o direito. Essa pessoa é reprovada porque, nas circunstâncias em que se encontrava, ela podia ter agido de maneira diferente. Ou seja, a pessoa é reprovada porque poderia não ter praticado crime, mas se decidiu pela prática deste. O agente tinha liberdade para atuar em conformidade com o direito.

Então, para que eu diga que um agente tem culpabilidade, eu preciso verificar se ele é imputável, ou seja, tem imputabilidade; se ele tem potencial consciência da ilicitude; e se era exigível dele conduta diversa.

Imputável, na regra geral, todos nós somos imputáveis, fez dezoito anos é imputável para o direito penal. Imputável é poder responder pelo que fez, pelo que faz; é poder se atribuir à pessoa a responsabilidade pelo que fez. O nosso CP utiliza a técnica de dizer expressamente que é inimputável, porque dizendo quem é inimputável, fora dessas poucas categorias de pessoas, todos serão considerados imputáveis.

ART. 26, 27, 28 DO CP. Inimputáveis são os doentes mentais (esquizofrênicos, por exemplo), os oligofrênicos, aquelas em embriaguez completa em virtude de caso fortuito ou força completa.

Porém, não basta isso. Para que alguém seja reprovado, além da imputabilidade, ele tem que ter a capacidade de entender o caráter criminoso do fato, que é a potencial consciência da ilicitude. Só que este não se confunde com a imputabilidade porque esta diz respeito à sanidade mental do indivíduo, com o aspecto físico, orgânico, cerebral. Agora a potencial consciência da ilicitude é uma capacidade de entender o caráter ilícito do fato que depende do meio do indivíduo, da questão cultural, do seu nível de formação intelectual, que é o que faz com que ele introjete o fato de que determinados comportamentos são proibidos ou não. Ex.: Camponês boliviano que sai do seu país mascando folhas de coca e chega ao Brasil. É preso no nosso país. Ele viveu sua vida toda fazendo aquilo, algo que fazia parte da sua cultura, ele não teve tempo suficiente para absorver aquele valor. Faltou a ele a potencial consciência da ilicitude. Ele está no que se chama “erro sobre a ilicitude” que está previsto no art. 21 do CP.

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Obs.: → Ninguém pode acusar desconhecimento da lei para eximir-se do seu cumprimento.

O que se relaciona com a culpabilidade é o erro de proibição. O erro de proibição ou erro de ilicitude é o que se relaciona com a culpabilidade, porque quem está nesse erro não percebe o caráter ilícito do fato. Agora, o que isso provoca no DP? A pessoa que está enganada quanto à ilicitude, como ela responde perante o DP? Se o juiz considerar que esse engano foi inevitável, este erro afasta a culpabilidade. Agora, isso são poucas situações.

Muitas vezes o estrangeiro já conhece muita coisa, e, acusado por uma conduta, alega o “erro sobre a ilicitude”. O que é comum acontecer? O juiz até reconhecer que ela estava no erro sobre a ilicitude, mas apontar que o indivíduo não foi diligente, cuidadoso para aprender isso. Então, o juiz vai dizer que não foi um erro sobre a ilicitude inevitável. Dessa forma, o erro sobre a ilicitude não afasta a culpabilidade, haverá crime, mas a pena será mais leve.

A pessoa só será reprovada se a pessoa tinha condições de perceber que aquela atitude, naquele meio, era ilícita.

Diferenciar a possibilidade de conhecer a proibição do Desconhecimento da lei. O nosso próprio CP fala que são coisas expressamente diferentes. Ninguém pode alegar inocência por ignorância da lei.

### **Exigibilidade de conduta adversa**

Então, para que alguém seja reprovado no âmbito penal, tem que ser imputável, tem que ter potencial consciência da ilicitude e tem de haver, na situação, exigibilidade de conduta diversa.

Exigibilidade de conduta diversa. É que, para que haja reprovação, é necessário que, nas circunstâncias que a pessoa atuou, fossem circunstâncias normais, não situações especialmente adversas, contrárias. Em situações adversas, não haverá culpabilidade porque ocorreu a inexigibilidade de conduta adversa. Então, se as circunstâncias são normais, é exigível conduta diversa. Se as circunstâncias foram ... Que afastará a culpabilidade.

Ex.: Assalto à banco. O gerente do banco é ameaçado com uma arma e não tem escolha se não abrir o cofre. → Esse gerente responde com os assaltantes? Não, pois não seria razoável exigir do gerente que abrisse mão de sua vida em favor do patrimônio. O gerente se encontrava no que se chama de COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. Ou seja, foi uma ameaça que ninguém pode condenar, reprimir o fato da pessoa ter cedido aquela ameaça.

Ex.2: Supondo que o juiz, diante de um processo, percebe que o réu de um dos seus processos era um desafeto do seu passado. Em virtude disso, embora não haja motivo para prender o réu, o juiz expede um mandato de prisão e o oficial de justiça vai prender o sujeito. Descoberta a motivação da prisão, o juiz vai responder por abuso de poder, mas



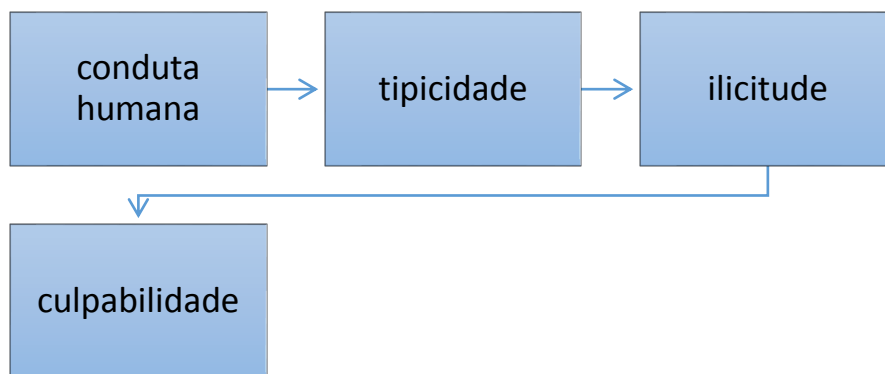
o oficial de justiça que executou o mandato de prisão, não. Isso porque o oficial de justiça estava cumprindo uma ordem que, apesar de ilegal, era uma ordem aparentemente legal.

A coação moral irresistível e a obediência a ordem não manifestamente ilegal são duas situações de inexigibilidade de conduta diversa que, por isso, afasta a culpabilidade do agente.

Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência

**Um esquizofrênico mata alguém em legítima defesa. Qual o fundamento da absolvição?**  
Por falta de ilicitude.

O crime é sempre um comportamento humano com tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Esse conceito analítico é dito conceito “estratificado”. Isso porque ele significa que um elemento se sobrepõe a outro como andares de um edifício. Para que o juiz analise a existência do elemento seguinte, ele tem que, necessariamente, passar pelo anterior. Caso não estejam presentes os elementos do anterior, ele jamais passará para avaliar o elemento seguinte.



Maria se prostituiu na Avenida. = não há crime por falta de tipicidade.

João matou Pedro em legítima defesa. = absolvição pela falta de ilicitude.

Conceito analítico de crime é um conceito estratificado. Falamos dos elementos do conceito analítico, que começa na conduta humana, depois tipicidade, ilicitude e culpabilidade. É um conceito estratificado porque para passar para a próxima característica deve verificar a existência da anterior e só assim está autorizado a avaliar o elemento posterior. O conceito analítico composto dessa forma é, hoje em dia, considerado entendimento majoritário no Brasil e na doutrina internacional. Nesta sempre foi, mas, no Br., tivemos uma época em que predominou, por influência dos autores Damásio E. de Jesus e Júlio Fabrino Mirabete, na década de 1990, o entendimento de que o conceito analítico do crime era apenas conduta típica e ilícita; eles não colocam no

conceito analítico a culpabilidade. A explicação que eles dão é que a culpabilidade não seria um elemento do conceito analítico, só seria um pressuposto para a aplicação da pena. Isso tem algumas consequências, como, por exemplo, que os menores de 18 anos praticariam crime porque o menor só não comete crime porque falta a culpabilidade. Como eles consideravam que a culpabilidade não fazia parte do conceito analítico, o menor de 18 anos, para eles, comete crimes, apenas não é punido porque falta o pressuposto de aplicação da pena que seria a culpabilidade.

Por isso, volta e meia, encontra-se referência ao conceito analítico de crime tripartido (conduta com tipicidade, ilicitude e culpabilidade). O conceito do Damásio e Mirabete é referido como conceito bipartido do crime (culpabilidade não era elemento do crime, mas mero pressuposto de aplicação da pena).

Nelson Hungria refere ainda, no conceito de crime, a punibilidade. O professor coloca que a punição, na realidade, tem mais haver com a medida, a quantidade de pena e não tanto com a existência do crime. Então, é algo demais.

Obs.: Responsabilidade penal leva em consideração tudo; que a pessoa cometeu o crime e que existem os critérios de punibilidade. Então, pode-se falar que responde penalmente quem realizou um fato punível.

Começar a analisar cada um dos elementos do conceito analítico de crime.

#### A conduta.

Tudo falado desde o início da teoria do crime até agora foi uma introdução. Na realidade, a teoria do crime começa quando começamos a analisar os elementos do conceito analítico. Então, teoria do crime é o mesmo que o estudo do conceito analítico, o estudo dos elementos do crime. **TEORIA DO CRIME = ESTUDA AS CARACTERÍSTICAS DA CONDUTA PARA SER CONSIDERADA CRIMINOSA.**

O conceito de “conduta” adotado é o de ação ou omissão dirigida a uma finalidade. Ou, conduta, nas palavras de Hans Welzel, é o exercício de uma atividade final. Esse conceito de conduta foi elaborado por Hans Welzel, na Alemanha, entre as décadas de 20 e 30 do século XX. Aqui, o elemento fundamental é a questão da finalidade. Isso porque é pelo elemento da finalidade que o Welzel refere para dizer qual que é a característica de um acontecimento que o ser humano intervém para que esse acontecimento possa ser considerado um conduta passível de ser dita criminosa. Então, ele coloca ênfase no elemento finalidade. Só aquele acontecimento no qual o ser humano intervém buscando atingir uma finalidade, perseguindo a realização de um resultado, isso que teria reflexo para o DP.

Quando o ser humano atua como objeto na mão de outra pessoa, quando ele não consegue controlar os próprios atos ou quando ele age por instinto, esses acontecimentos são gerados pelo ser humano, mas não são passíveis de gerar condenação em sua prática. Chega-se a essa conclusão a partir do que ele verificou no mundo real, no mundo anterior

à própria intervenção do direito penal. Ex.: a pessoa é convidada para um aniversário e não aparece no evento. Depois encontra com o aniversariante que questiona porque ele não foi; o convidado conta que estava muito cansado no dia e acabou dormindo. Como eles são amigos de verdade, e o aniversariante acreditando que aquilo era verdade não fica ofendido porque o outro não foi a festa. Esse fato não demonstra nenhum descaso, desconsideração; foi algo que o amigo não conseguiu. Esse dano provocado poderia ter provocado atirando uma pedra, dando um tiro etc. O que provocou a quebra da vitrine foi o corpo da pessoa que foi lançado, mas a vontade dessa pessoa foi suprimida, ela atuou ali como objeto. Quem irá responder pelo crime é quem lançou a pessoa sobre a vitrine. Ninguém vai cogitar que isso tenha reflexo no DP, a pessoa não teve controle sobre o corpo dela.

Finalismo = coloca a finalidade como elemento central do conceito de relevância para o DP. Se não tem a finalidade, se o acontecimento envolve o ser humano, mas ele não está atuando buscando uma finalidade, o ser humano intervém, mas acaba equiparado a um objeto. O que caracteriza mesmo uma ação humana passível de ser condenada é aquela realizada buscando uma finalidade.

Essa maneira de conceituar a conduta é muito importante, uma vez que a conduta é o elemento básico do conceito analítico; a maneira de conceituar a conduta vai influenciar na maneira de conceituar a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade.

Essa concepção de conduta é conhecida como finalista porque o elemento principal, o que vai permitir que separemos os atos que o ser humano intervém que interessam ao direito penal e os que não interessam, é a finalidade. Essa concepção de conduta é denominada como conceito finalista de conduta.

Se colocarmos o conceito finalista de conduta na base, isso vai implicar que eu tenho um conceito de tipicidade finalista, um conceito de ilicitude finalista, um conceito de culpabilidade finalista. Ou seja, uma maneira finalista de entender a teoria do crime, de entender o conceito analítico do crime.

Concepção finalista do crime são os elementos do conceito analítico conceituados a partir do conceito finalista de conduta.

Essa maneira finalista de conceituar conduta, a maneira finalista de entender o conceito analítico não é a única que tivemos ao longo da história, mas é a mais importante porque, majoritariamente, entende-se que a partir da nova parte geral do código penal, a partir de 1984, a Parte Geral se adequa melhor, buscou inspiração na maior parte das vezes na concepção finalista da teoria do delito. Os conceitos da parte geral seguem as indicações do finalismo.

Porém, não é a única forma de conceituar a conduta. Antes do finalismo, o que prevalecia, inclusive no Br., era o que se chamava de conceito causalista, elaborado na Alemanha, na virada do século XIX para o XX. Teve como pioneiros Frans Von Liszt e Ernest B. Como essa é a teoria pioneira é chamada de teoria clássica.

O conceito causalista conceitua a conduta como movimento corporal voluntário que produz uma modificação no mundo exterior. Para o causalismo, o que caracteriza o acontecimento que o ser humano intervém e que tem reflexo no âmbito penal é o fato de ter provocado um resultado e que essa modificação seja voluntária. Ser voluntária não é a mesma coisa de ser dirigida pela finalidade, conforme o finalismo fala, esse voluntária significa que quem deu causa a esse resultado não esteve sob nenhuma força irresistível ou sobre nenhuma força irresistível de um terceiro. Ou seja, o indivíduo se decidiu por realizar aquele resultado; partiu dele a iniciativa de dar causa àquele resultado, isto já basta para que seja voluntário, sem que haja a necessidade de perguntar qual era a finalidade. Só interessa verificar se houve alguma situação exterior que obrigou a pessoa a se submeter àquela situação.

Se colocar o conceito causalista de conduta na base, teremos uma ... uma teoria do crime causalista.

O finalismo sempre busca conceituar a conduta humana penalmente relevante com base da observação do que acontece na vida social, em dados do mundo do ser, em dados pré-jurídicos, ou seja, anteriores ao direito. Por isso que se fala que o finalismo é uma manifestação, no mundo penal, da filosofia com base ontológica. O finalismo busca construir conceitos jurídicos a partir de dados do ser. Ele, portanto, busca vincular o direito a bases ontológicas. Já o causalismo é do final do século XIX, momento de predominância da filosofia positivista que buscava trazer para o direito os mesmos métodos das ciências naturais, principalmente da física. É chamada de filosofia mecanicista, causalista. O causalismo também é conhecido como teoria naturalista de ação, de delito. Base ontológica = dados do mundo do ser, do mundo real, ou seja, o direito não estaria livre para construir, inventar os conceitos; teria que observar o que acontece antes dele e importar isso para o DP mais especificamente.

O causalismo foi abandonado. Entende-se que o nosso Código Penal Militar ainda tem uma inspiração causalista.

O causalismo foi abandonado porque se percebeu que ele era insuficiente, que ele tinha deficiências. A deficiência que se apontou no causalismo foi em relação à necessidade de se considerar crime, também, as omissões. O causalismo fala que para que haja crime é preciso que haja um movimento corporal voluntário que produza uma modificação no mundo exterior. Ora, a omissão é uma falta de movimento, muitas vezes, ou é não realizar aquilo que se esperava que a pessoa realizasse. Logo, esse conceito causalista não justificava a criminalização das omissões porque ela não são movimentos corporais nenhum. Assim, veio o finalismo.

O finalismo é perfeito para os crimes dolosos. O dolo é a intenção de cometer o crime. E os crimes culposos? → Nesses, a pessoa dá causa a um resultado que ela não queria. Então, os críticos do finalismo dizem que ele é deficiente nessa parte dos crimes culposos. Como o finalismo tem sido questionado com vários argumentos, hoje já temos uma outra maneira, uma maneira mais avançada de entender a teoria do crime que é a concepção

funcionalista da teoria do crime, cujo pioneiro é o Claus Roxin, que é desenvolvida desde 1970 na Alemanha.

Claus propõe o conceito de conduta com manifestação da personalidade. Quer dizer que a conduta que interessa ao direito penal é aquela que pode ser compreendida como manifestação da personalidade. Então, se um sonambulo saí durante a noite e atropela alguém, essa conduta não pode ser considerada crime porque não é manifestação da personalidade do indivíduo, quem está dormindo não tem consciência. Agora, quem está dirigindo um automóvel e atinge 90km/h em local cujo máximo é 60km/h, está sendo imprudente, está demonstrando sua personalidade. Então, pode responder perante o DP porque demonstrou a ação que teve, sua personalidade não está preocupado com a observância das regras.

Outra crítica funcionalista à teoria finalista é de que esta dá muita importância para os dados ontológicos. É preciso ver que o DP é uma ciência do mundo do dever-ser, é uma ciência normativa por excelência. O mundo do ser não pode obrigar um legislador. O que deve acontecer é que o legislador vai aproveitar os dados do mundo do ser que a ele interessarem, mas ele não está obrigado a seguir exatamente o que acontece no mundo real.

Obs.: O causalismo não se preocupa com a finalidade nesse momento da conduta, então, a existência de uma conduta com reflexo no DP não leva em consideração a finalidade buscada. Mas para que a pessoa seja condenada pela prática não basta a existência do primeiro elemento, é preciso todos os elementos. Essa questão de qual finalidade a pessoa estava buscando, no causalismo, isso não é levado em consideração para verificar a existência da conduta, porém, segundo o sistema, essa questão se tinha finalidade ou não é levada em consideração para verificar a existência da culpabilidade. A finalidade é um dado subjetivo e é levado em consideração no último elemento que é na culpabilidade. Então, também para o causalismo, se não existisse dolo ou culpa a pessoa não poderia ser condenada, embora tivesse praticado uma conduta penalmente relevante. E a responsabilidade penal objetiva era justamente a defesa de que para que a pessoa respondesse no âmbito penal bastaria que ela tivesse dado causa ao resultado mesmo sem dolo ou culpa.

Crimes culposos – o funcionalismo critica o finalismo por esta não responder de maneira conveniente porque as condutas culposas podem ser criminosas. Os finalistas respondem à crítica. Isso é importante porque, conforme dito anteriormente, no Brasil, vigora o finalismo com algumas contribuições do funcionalismo que são compatíveis. Entendimento majoritário.

Resposta do finalismo – nos crimes culposos, o agente também está exercendo uma atividade finalista, a ação ou omissão dele é também finalista, só que a finalidade para a qual ela se dirige é uma finalidade lícita. Ex.: depois da aula, alguém pega o automóvel e vai para casa. O comportamento de pegar o carro e realizar o trajeto para casa é uma finalidade lícita. Porém, supondo, no meio do caminho, essa pessoa que está exercendo uma atividade finalista não tem o cuidado devido e acaba dando causa ao atropelamento

de alguém. Nesse caso, o indivíduo vai responder pelo resultado porque ele se decidiu a realizar o comportamento dirigido a uma finalidade lícita, ele tinha também a obrigação de fazer isto de maneira a não prejudicar os outros. Eu tenho liberdade de fazer aquilo que não está proibido, porém de maneira cuidadosa para não prejudicar os outros. Então, se ao praticar uma conduta lícita, que, no caso, é dirigir até em casa, não houver o cuidado devido, isso faz com que responda pelo resultado pela minha falta de cuidado. Agora, é preciso saber que essa falta de cuidado foi cometida no exercício de uma atividade finalista que era chegar até em casa. E a finalidade lícita é importante aqui porque ela vai dizer que a responsabilidade tem que ser culposa e não dolosa. Então, a finalidade existem também nos crimes culposos e ele terá que ser necessariamente uma finalidade lícita e não uma finalidade proibida, se for esta, a pessoa responde a título de dolo.

Funcionalismo não abriria precedente para um direito penal do autor? – Defesa – é preciso dar um conceito suficientemente amplo para que seja possível fundamentar como crime a maioria das ações e omissões em que há interesse em proibir. Na medida em que ainda será necessário a constatação da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade para que exista crime, então, essas outras exigências que asseguram o caráter democrático, um direito penal do fato. Será punível o ato do autor que manifesta sua personalidade.

Quando o art. 269 fala ... Está descrito o comportamento. Tudo que é usado para descrever esse comportamento são elementos do tipo penal. Dependendo do conceito de conduta humana adota, o eu está escrito no art. 269 é apenas o lado exterior da ação, mas como, de acordo com o finalista, toda ação tem que ser dirigida a uma finalidade, embora não esteja escrito “deixa INTENCIONALMENTE...”, como eu sei que toda ação criminosa tem que estar dirigida a uma finalidade, não está escrito intencionalmente, mas só será típica ação se for intencional.

Roxin não nega que uma ação humana seja dirigida a uma finalidade, o que ele quer dizer é que o conceito de ação humana dirigida a uma finalidade é um conceito muito estreito no âmbito pena; deve ser alargado para considerar como uma manifestar a personalidade.

Existem outras formas dentro do funcionalismo de entender o conceito de delito.

28/06

Para saber se um crime é doloso ou culposos, é preciso ir no artigo onde ele está descrito e conferir se há alguma referência à culpa, porque a regra é que só se pune o crime a título de dolo. Para se punir por culpa, é preciso que esteja expresso.

Os tipos culposos são bem mais simples que os tipos dolosos. O artigo 121, p. 3º do CP simplesmente prevê “se o homicídio é culposos”. Esse artigos não descrevem propriamente quais são as condutas que caracterizam propriamente um homicídio é culposos. É por essa característica dos tipos culposos que eles são chamados tipos abertos; tipos abertos porque precisam ser preenchidos pela avaliação do juiz. Não são normas penais em branco porque estas exigem complemento de natureza legal, ou administrativa, mas sempre um dispositivo normativo que vem a complementar. Aqui, todavia, o que preenche é a avaliação do juiz. Ou seja, eu não encontro no CP, nas leis extravagantes, a

previsão das hipóteses que caracterizam os crimes culposos, apenas a referência a punição a título de culpa. O juiz, então, tem que avaliar a nas nossas ações, nas nossas relações, emprendermos cuidado suficiente para não causar danos aos demais; não é só de lesar os outros intencionalmente, mas também, em relação a resultados mais graves, poderá caracterizar crime também um desrespeito ao dever de cuidado que a pessoa tinha naquela situação. Então, é essa avaliação que o juiz: se a pessoa, no entender dele, atuou com o cuidado devido, que se exigia naquela situação. Se ela não atuou com esse cuidado é porque teve NEGLIGENCIA, IMPRUDENCIA OU IMPERICIA. O fato de constatar um destes é uma constatação de que a pessoa atuou sem o dever de cuidado.

A negligencia não está conceituada na lei. Então, se autorizou à jurisprudência a trabalhar para conceituar adequadamente cada um deles. O termo negligencia já é abrangente o suficiente para abarcar a imprudência compreender imprudência e imperícia. Porém, como a nossa lei fala expressamente “negligencia, imprudência e imperícia, temos que nos esforçar pra tentar entender. O que o legislador denomina negligencia consiste em quando uma pessoa pratica alguma conduta sem observar o cuidado devido; a negligencia é a falta de cuidado por excelência; é uma conduta negativa; é deixar de fazer.

Ex: a pessoa pega uma arma, sabe que ela está carregado e, mesmo assim, deixa ela encima de uma mesa e uma criança pega essa arma e atira em outra criança. Então, a pessoa pegou a arma, sabia que ela estava carregada e teria que ter tido o cuidado de, ao sair do local, colocar fora do alcance de qualquer criança. Não fez isso, então, foi negligente.

A imprudência é a atitude excessiva; a pessoa ultrapassa a prudência; faz o que não era devido; se torna imprudente; a imprudência tem esse caráter positivo; é fazer algo excessivo, errado, arriscado. Tanto que a modalidade clássica de imprudência é quando a pessoa está dirigindo o automóvel e ultrapassa o limite de velocidade de determinado local. A pessoa que dirige na contramão está sendo imprudente.

Agora tem que ter cuidado, porque as vezes a conduta é tao arriscada que fica difícil acreditar que alguém tenha tomado aquela atitude sem prever que poderia dar causa a um resultado. Aqui que existe um fronteira muito próxima entre o dolo eventual e a culpa.

Por fim, a imperícia; esta é uma modalidade de culpa característica de quem exerce uma atividade regularizada, tendo habilitação para tal, mas, mesmo assim, não tem conhecimento para praticar um ato inerente a sua profissão, mas ainda assim pratica tal ato. Ex.: médico devidamente formado; não conhece uma determinada técnica de cirurgia, mas mesmo assim a aplica e acaba levando o paciente a morte. Houve, então, uma imperícia.

Agora nem todo erro de quem tem habilitação será imperícia. A pessoa pode ter habilitação, conhecimento e, mesmo assim, acabar prejudicando um paciente, como no caso do médico, por ex.

Condenar a pessoa por N/I/IMP, condenar a pessoa porque contrariou o dever implica dizer que a pessoa tinha o dever de agir daquela forma. Agora, para condenar alguém

nesses termos é necessário que aquele resultado que contrariou esse dever de agir fosse previsível para quem deu causa a ele. Nenhum juiz pode exigir de alguém que seja tão cuidadoso a ponto de evitar qualquer prejuízo para qualquer pessoa. O que o direito exige da pessoa é que tenham cuidado de evitar aquilo que tinham condição de prever. Em outros termos, a possibilidade de prever o resultado é um pressuposto para a existência de qualquer dever.

Agora, essa questão da pessoa poder prever o resultado, esse juízo acerca da possibilidade de prever o resultado aqui na tipicidade culposa, o parâmetro que se toma é do chamado **HOMEM MÉDIO**.

O homem médio é um ente muito abstrato; o bom pai de família; o sujeito que está preocupado em observar o direito; que se preocupa com a sua reputação na sociedade; a pessoa mediana.

Então, o juiz vai se perguntar se o homem médio teria conseguido prever a possibilidade de acontecer aquele resultado no caso concreto. Se o juiz concluir que o homem médio teria previsto o resultado, então, dirá que esse fato é culposos, porque o réu no processo alega que não previu o resultado, então não pode ser negligente. Mas essa alegação não é justa porque o homem médio teria previsto o resultado e teria tomado o cuidado para evitar. Então existe culpa naquela pessoa concreta. Esse parâmetro do homem médio para avaliar na fase da tipicidade para que o juiz conclua se o comportamento do réu tem tipicidade culposa. **PREVISIBILIDADE OBJETIVA** = o juiz fará uma avaliação de previsibilidade baseada em um referencial objetivo.

Porém, isso não é suficiente ainda para que haja crime culposos. Este, assim como o crime doloso, exige ilicitude, culpabilidade. Nessa avaliação se o fato é culpável, se o agente daquele fato pode ser culpável, aí o juiz vai usar como referencial a previsibilidade subjetiva. Previsibilidade subjetiva = a culpabilidade tem os elementos que a gente já viu (Imputabilidade. Potencial consciência da ilicitude. Exigibilidade de conduta adversa – avaliar se as circunstâncias concretas eram normais; se ela agiu da maneira que quis agir; se as circunstâncias não viciaram a vontade da pessoa). Exigibilidade de conduta adversa é onde vai entrar a questão da previsibilidade subjetiva. Os crimes culposos, para saber se existe culpabilidade, quando chegar na exigibilidade de conduta adversa, o juiz vai avaliar se aquela pessoa que está sendo objeto daquele processo, se com a idade que ele tinha, com a visão que ele tinha, a ele era possível prever aquele resultado. Se ele chegar à conclusão que uma pessoa com as mesmas características daquela poderia ter agido de modo diferente, podia ter tido mais cuidado terá que condenar. Nos crimes culposos essa questão da previsibilidade do resultado é muito importante e será motivo de avaliação do juiz em dois momentos: no momento da tipicidade e o referencial adotado é a previsibilidade objetiva; e no momento da culpabilidade quando for avaliar se era exigível ou não comportamento adverso = previsibilidade subjetiva.

Com fundamento na previsibilidade objetiva, tem-se as chamadas espécies de culpa:

- a) Culpa inconsciente – é a grande maioria dos casos de culpa, por isso também é chamada de Culpa Própria. Ou seja, na culpa inconsciente a pessoa não teve a



previsão do resultado, deu causa sem prevê-lo, mas o juiz avaliou que ela poderia ter previsto tomando o referencial do homem médio. Então, na culpa inconsciente ocorre a imprevisão daquilo que era previsível. Inconsciente porque a pessoa não tem consciência do resultado, mas deveria ter.

- b) Culpa consciente – na culpa consciente, da mesma forma como o dolo eventual, a pessoa prevê o resultado. Só que ela confia sinceramente que o resultado não vá ocorrer. Cada hipótese concreta, um acidente de trânsito, p. ex., o MP vai querer afirmar que ocorreu dolo eventual e a defesa vai, no mínimo, alegar a culpa consciente. Em tese, a teoria que a doutrina dá é que o juiz, para dizer que houve dolo eventual, ele tem que constatar que o agente previu o resultado, mas, embora não quisesse diretamente o resultado, ele assumiu o risco de produzir o resultado. Ou seja, ele consentiu, conformou-se com o resultado. Já na CULPA CONSCIENTE, a pessoa prevê o resultado, mas ela só atua porque confia que o resultado não vai acontecer.

Ex. de culpa consciente: dirigindo, tem uma placa escrito “curva acentuada a direita; velocidade máxima de 60 KM/H”. Chega nessa curva um grande piloto de fórmula 1; 60 km/h para um motorista comum, para ele, motorista profissional, teria muito mais habilidade porque com o diferencial que teria, seria capaz de evitar qualquer lesão; vai até 80 km/h por acreditar que é diferenciado.

NOS DOIS HÁ A PREVISIBILIDADE DO RESULTADO. Só que no dolo eventual a atitude interna do indivíduo é aceita que ocorra, é assumir o risco de que ocorra. Vou continuar assim, porque se ocorrer o que eu quero é continuar nessa velocidade.

### Princípio da Confiança.

O direito exige de nós que nos comportemos de maneira a não prejudicar os outros, de maneira devida em cada uma das situações que a gente se envolve. Nas nossas relações do dia a dia, muitas vezes praticamos atividades que têm potencial de prejudicar os outros. Por isso, devemos observar as regulamentações que existem para provocar aos outros o mínimo risco possível.

Pelo princípio da confiança, afirma-se que quem está praticando uma atividade regulamentada, seguindo as regulamentações estabelecidas pode confiar que as pessoas com as quais ela se relaciona também irão seguir a mesma orientação. Quer dizer que se, no trânsito, a pessoa está observando a velocidade correta, na mão correta etc., ela pode, também, presumir que os outros farão a mesma coisa. Um motorista de um automóvel não tem que ser suficientemente cuidadoso para evitar a colisão com alguém que se coloca na contramão ou com alguém que ultrapassa o sinal vermelho. A pessoa não deve, ao praticar determinada atividade, ser tao cuidadosa a fim de superar o erro, a falha, o desleixo do outro. Se a pessoa pratica atividade regulamentada e segue as devidas regulamentações, ela não responderá penalmente caso ela acabe dando causa a uma lesão a outro que violou aquela expectativa de se comportar de acordo com as normas. Assim que não há fato típico culposo caso não se reconheça que quem se orientou pelas regras

deu causa ao resultado porque uma outra pessoa traiu a confiança, deixou de se comportar de acordo com a expectativa da norma.

Afasta a tipicidade culposa.

Crimes Preterdelosos

São uma modalidade que se chama de crime qualificado pelo resultado.

Na parte especial do CP temos, por exemplo, o crime de homicídio:

Art. 121 – matar alguém.

Pena – 6 a 20 anos.

Aí no p. 2º está escrito ... se o crime for praticado por motivo torpe, por motivo fútil, mediante escalada, etc.; varias situações.

Pena – 12 a 30 anos.

Matar alguém já é crime, agora, se presente uma qualificadora (pode ser um motivo, um modo de praticar o crime, quer dizer, alguma circunstância que o considere que torne o crime mais grave). Então, aí ele prevê novo limite mínimo e máximo de pena. Isso se chama crime qualificado.

No caput, “matar alguém”, no caso em questão, chama-se de tipo simples, crimes simples.

Quando alguma hipótese, alguma circunstância provocar alteração de pena pra cima, tem-se circunstâncias qualificadoras, por isso, crime qualificado.

Existem alguns crimes que são qualificados pelo resultado. Qualificado pelo resultado é o crime onde a circunstância que altera a quantidade de pena pra mais for o resultado mais grave deriva da conduta. Ex.: crime de roubo – art. 157 – subtrair coisa alheia móvel mediante violência ou grave ameaça. Porém, no parágrafo 3º do art. 157, está escrito que “se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

O crime preterdeloso nada mais é do que uma hipótese de crime qualificado pelo resultado. Ou seja, todo crime preterdeloso é uma espécie de crime qualificado pelo resultado, mas o contrário não é necessariamente verdade.

Um crime é chamado preterdeloso quando tem-se dois resultados. EX.: Uma pessoa tem a intenção de realizar um crime doloso; realiza a conduta dolosa que tinha a intenção de praticar e alcança o resultado que almejava alcançar, só que ao praticar aquela conduta, a pessoa procede de tal maneira que acaba gerando um resultado mais grave do que aquele queria no início. Imagine uma pessoa X com maior força física se irrita com uma menor Y e empreende, dolosamente, força física suficiente para lesar o último; mas como X é muito mais forte, o soco empreendido sobre Y faz com que esse perca o equilíbrio, tropece e bata a cabeça na quina da calçada, morrendo. Houveram dois resultados: um doloso (X empreendeu um soco com a intenção de provocar uma lesão corporal); e um culposo (Y morreu depois de bater a cabeça). Da conduta inicial se alcança um resultado mais grave

do que aquele que o sujeito ativo desejava no início. Em relação ao resultado morte, o indivíduo que deu o soco só terá responsabilidade se o juiz avaliar e chegar à conclusão que quem deu o soco poderia ter previsto que daquela atitude poderia ter derivado um resultado mais grave. Para gerar responsabilidade no agente, a morte, no exemplo, tem que ser culposa, porque o art. 19 no CP fala expressamente que:

Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado **ao menos culposamente**.

Está aí manifesto a intenção do legislador de afastar do direito penal, no Brasil, a chamada responsabilidade penal objetiva.

Então, para que haja preterdolo, sempre será necessário dois resultados: um doloso que a pessoa queria obter e outro culposos que advém, que resulta não do dolo, mas da culpa.

O crime de lesão seguido de morte, art. 129, parágrafo 3º do CP, é um crime preterdoloso, porque só existirá quando tenha praticado uma ação dolosa que deu causa ao resultado mais grave a título de culpa. Então, o crime é chamado preterdoloso quando há combinação de dolo e culpa, ou, quando houver dolo no fato antecedente e culpa no fato consequente.

Os crimes omissivos aparecem de duas formas:

- 1) Crimes Omissivos Próprios (Puros) – é por ex. o caso do art. 135 (crime de omissão de socorro) e o art. 269 do CP (crime de deixar o médico de denunciar a autoridade pública ...)

O crime omissivo próprio é caracterizado por apresentar tipos penais onde se descreve no tipo penal a omissão, a abstenção de uma conduta. Cria, portanto, para quem quer que se encontre naquela situação, um dever de agir. Quem não age comete um crime.

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.

Então, os crimes omissivos próprios, a estrutura de tipo deles é muito semelhante ao dos crimes comissivos, a única coisa que altera é o verbo, que nos crimes comissivos descreve a ação de fazer alguma coisa. Nos crimes omissivos, ao invés de descrever como proibido fazer alguma, descreve como proibido um “deixar de fazer” algo que deveria ser feito naquele caso.

Para que a pessoa cometa o crime do art. 135 não precisa ser alguém próximo da criança, como pai, mãe etc., basta que passe perto da criança. O tipo penal cria um dever legal de agir para quem quer que se encontre naquela situação.

2) Crimes omissivos impróprios (Comissivos Por Omissão ou Omissivos Impuros) – não encontramos no CP, na Lei Penal Extravagante uma lei penal que descreva como proibida uma omissão. Na realidade, não há um tipo exclusivo para os crimes omissivos impróprios. Por isso eles são impróprios, porque existe crime, mas não existe um tipo penal que descreva especificamente a abstenção da ação naquela situação.

Então, como se pode dizer que há crime nessa situação? Porque a situação da pessoa, nesses casos, será tipificada num tipo comissivo. Porque a pessoa responde por algo que está escrito num tipo comissivo? Porque somente pode ser sujeito ativo nesses crimes quem estiver na chamada POSIÇÃO DE GARANTIDOR. Só comete um crime comissivo impróprio quem está investido na posição de garantidor. Responderá por um tipo comissivo a título de omissão. Se considera garantidor as pessoas relacionadas no art. 13, parágrafo 2º do CP.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

1-Quem receber por lei o dever legal de agir que não deriva do tipo penal, é anterior ao tipo, por isso é diferente. Existe uma relação de assistência mútua estabelecida que poder ser colocadas pelo código civil, por leis administrativas; podem impor o dever de alguém agir pra proteger outras pessoas.

2-De qualquer outro modo ele assumiu o compromisso de evitar resultado prejudicial para alguém. A babá de uma criança não é mãe, mas se ela aceitou ser babá, precisar ter o cuidado para que nada aconteça com a criança, por ex. Ela assumiu um compromisso de evitar qualquer lesão àquela criança. Então, esse “de qualquer outro modo” é, em geral, um contrato. Ex.: salva vidas – tem um contrato de prestar o serviço de ajudar as pessoas em perigo. Não precisa ser um contrato, pode ser um casal de pais que pede alguém para olhar o filho por um momento; esta não pode abandonar a criança.

3-dever resultante da ingerência – quando a pessoa está tranquila em algum local e o amigo chama o outro para andar de lancha no lago. Porém a pessoa não sabe nadar, chega no meio do caminho e cai na água; quem convidou não pode negar socorro ao outro.

A importância disto é que quem está na posição de garantidor responde pelos crimes materiais, que estão descritos nos tipos comissivos, também a título de OMISSÃO. Para que alguém responda pela morte do João, é necessário que tenha praticado algo que deu causa a morte do João. Agora, quem tem em relação a alguém a posição de garantidor responderá pelo resultado previsto em um tipo comissivo a título de omissão. Ex.: piscina

de um clube, um criança afogando, mas o pai acha que o filho tá brincando e não está se afogando e a mãe não está prestando atenção. Não ajudam, a criança morre. O pai e a mãe não queriam matar o filho, mas aconteceu a morte da criança e eles poderiam ter prestado socorro. Então, embora não tenham agido de nenhuma forma para matar a criança, essa omissão deles naquela situação, como tinham o dever de garante sobre a criança, teriam que ter checado o que aconteceu. Eles não respondem por omissão de socorro, respondem por homicídio culposo.

Nos crimes omissivos impróprios, a conduta será tipificada em um tipo comissivo que é um crime material (que prevê um resultado naturalístico).

Todo dever, seja qual for, tem por pressuposto a possibilidade; não se pode cobrar de uma pessoa que cumpra um dever se não era possível que ela cumprisse esse dever.

Um bombeiro não pode fugir de um incêndio, ele é treinado para enfrentar aquela situação. Porém, o direito não exige de ninguém que se deixe imolar.

Só os crimes que tem as modalidades dolosa e culposa que alguém pode responder por crime omissivo comissivo a título de culpa.

O pai e a mãe assistem a criança se afogar sem fazer nada:

- 1) Se a omissão for dolosa, eles respondem por homicídio doloso.
- 2) Se a omissão for culposa, eles respondem por homicídio culposo.

Se um terceiro está ali, tem todas as condições de ajudar a criança e não ajuda, responde por omissão de socorro.

Se o pai e mãe não estão presentes na hora que o filho se afoga e existem 15 pessoas do lado da piscina que sabem nada e todos se omitem. Todos respondem por omissão de socorro. Se um presta socorro, todos os outros estão absolvidos.

## ILICITUDE

Depois que se verifica que o fato é típico, sabe-se que ainda não existe o crime, ainda falta verificar a ilicitude e a culpabilidade.

A ilicitude, também chamada de antijuridicidade, significa que aquele comportamento, além de típico é contrário à vontade da ordem jurídica. Isso acontece quando, além de típico, não existir, na situação concreta, nenhuma hipótese de exclusão da ilicitude a favor do agente. O art. 23 do CP prevê que não há crime se a conduta tiver sido praticada em estado de necessidade, em legítima defesa, no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular do direito. Além disso, a doutrina e a jurisprudência admitem o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude.

### **Exclusão de ilicitude**

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.

A grande verdade é que, normalmente, a conduta típica também é ilícita. Então, dizemos que há, entre a tipicidade e ilicitude, uma relação de indiciabilidade, ou seja, o fato de um comportamento ser típico é um indício de que ele também é ilícito. Diz-se que a tipicidade é a *RATIO COGNOSCENDI* da ilicitude. Hoje, prevalece essa teoria. Quem formulou isto foi Marx Ernest Mayer.

Antes dessa teoria, prevalecia a tese de que havia uma interdependência absoluta entre a tipicidade e a ilicitude.

Depois do MAYER ainda se formulou outra teoria devida a Edmund. A tipicidade seria a essência da ilicitude. Não foi muito aceita.

- Causas de exclusão da ilicitude ou causas de justificação.

O art. 23 menciona as quatro possibilidades.

1. Estado de necessidade. Encontra-se em estado de necessidade quem, diz o art. 24 do CP:

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.

Perigo que a pessoa quer ser absolvida pelo estado de necessidade não pode ter dado causa. E, essa pessoa, em uma situação de perigo, para salvar o seu bem jurídico, se vê obrigada a sacrificar o bem jurídico alheio. A situação de perigo não foi causada por nenhum dos envolvidos, foi uma coincidência. Para que umas preservem os seus bens jurídicos diante daquele perigo, só há uma saída que é sacrificar o interesse do outro. Então, nesse caso, não haverá crime. Ex: 4 alpinistas combinam de escalar um muro. O alpinista no ponto mais alto sente que se não soltar dos três, morrerá também, então, corta a corda, sacrificando a vida do outro.

Na Alemanha, adotou-se a teoria diferenciadora; são duas as consequências que o estado de necessidade pode ter: a) afastar a ilicitude, quando, no balanceamento dos bens jurídicos prevaleceu aquele de maior valor; b) ou afastar a culpabilidade, quando se sacrifica um bem jurídico de valor igual àquele que é protegido.

No Brasil, considera-se que o código adotou a teoria unitária a respeito do estado de necessidade. Isso significa que o estado de necessidade só pode ter uma consequência: afastar a ilicitude. Só existe o estado de necessidade justificante. Para o nosso código, ainda que se sacrifique um bem jurídico alheio de valor igual, se exclui a ilicitude. Jamais haverá um estado de necessidade se alguém sacrifica um bem jurídico maior para defender um menor. Ex.: casa pegando fogo e a patroa lembra que esqueceu as joias dentro do armário e pede que a empregada enfrente o fogo para recuperar as joias.

A pessoa que tem o dever legal de enfrentar o perigo, em princípio, não pode alegar o estado de necessidade. Ressalva: quando for certa a morte; ninguém pode exigir de outra o dever de suicidar-se.

Art. 24, p. 1º.

### **Estado de necessidade**

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. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Legítima defesa. Prevista no art. 25 do CP.

No estado de necessidade, o perigo não foi provocado por nenhuma das pessoas envolvidas; pode ter sido provocado por uma força da natureza, por um terceiro, por um animal etc. Agora, na legítima defesa, embora exista um perigo atual ou iminente, quer dizer a iminência do perigo já é suficiente que a pessoa atue em legítima defesa, só que agora esse perigo atual deriva de uma agressão injusta. Então, na legítima defesa, tenho alguém que está atuando contra o direito e tenho outra que está atuando respaldado pelo direito. No estado de necessidade não; neste todos estão agindo licitamente; quem se salvar não comete crime nenhum.

Agressão injusta atual ou iminente; está acontecendo ou está prestes a acontecer. Na legítima defesa, não se exige o mesmo rigor no balanceamento dos bens jurídicos envolvidos, só não pode haver grande disparidade. Na legítima defesa, o que se exige é uma certa equivalência entre os bens jurídicos, não pode haver disparidade, mas esse balanceamento não é feito com o mesmo rigor do que aquele realizado no estado de necessidade. Para preservar a minha honra, p. ex., posso sacrificar a integridade física do outro. A integridade física é, em princípio um bem jurídico mais importante do que a honra, mas, diante de uma agressão à honra injusta, pode-se sacrificar a integridade física.

A agressão pode ser atual ou iminente; a agressão pode estar prestes a iniciar.

Na legítima defesa, não há rígida comparação entre os bens jurídicos, mas é importante caracterizar se o meio que a pessoa utilizou é necessário e se ela utilizou de maneira ponderada. Os dois grandes requisitos da legítima defesa é a necessidade do meio e a moderação no emprego desse meio.

O policial atira em um assaltante que está com a arma na cabeça de uma vítima. Isso é legítima defesa de um terceiro, pois, no Brasil, não há nenhuma hipótese de estrito cumprimento do dever legal de matar. Estrito cumprimento do dever legal é praticar uma conduta típica por exigência da lei.

O que diferencia o finalismo do causalismo em termos de ilicitude é o fato de que todas as causas de exclusão da ilicitude exigem um elemento subjetivo, ou seja, a vontade de defender, a vontade de se salvar, a vontade de cumprir o dever etc. Não basta a coincidência, é necessário a presença dos requisitos objetivos que a lei prevê mais esse elemento subjetivo de vontade de atuar conforme o direito permite. A coincidência não é suficiente para que haja legítima defesa, pelo menos não no finalismo.

Ex.: Duas pessoas se juraram de morte. No dia seguinte, encontram-se em um beco escuro. Um anda em direção ao outro. Um deles faz um movimento com a braço e outro, diante daquele contexto, acreditando que seria alvejado, dá dois tiros, matando o outro. Quando ele se aproxima do morto, vê que em sua mão estava um lenço branco em sinal de paz. Nesse caso, houve um erro que incidiu sobre os pressupostos da legítima defesa que estão previstos no art. 25 do CP. A pessoa errou quanto à configuração de um requisito do tipo permissivo, que era a agressão injusta. Ou seja, o indivíduo supôs estar na iminência de uma agressão injusta que não existia. Então, na realidade, o que houve foi um ERRO DE TIPO PERMISSIVO, também chamada de DESCRIMINANTE PUTATIVA. Putativa quer dizer imaginária. O erro de tipo permissivo está expressamente previsto no CP, no art. 20, p. 1º. Diz lá que o agente é isento de pena o agente que por erro sob a situação de fato...

### **Descriminantes putativas**

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. **Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.**

Ou seja, o indivíduo do ex. errou nas circunstâncias e supôs estar presente uma situação que tornaria a ação dele legítima.

O efeito do erro de tipo permissivo é o mesmo que o do erro de tipo normal: AFASTAR SEMPRE O DOLO. O indivíduo que atirou não tinha a intenção de matar, mas de se salvar.



O erro de tipo permissivo afasta o dolo e a culpa quando inevitável; quando evitável, afasta o dolo, mas permite a punição a título de culpa.

### **Legítima defesa**

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.

ART. 24 E 25. São chamados tipos permissivos porque, ao contrários dos outros tipos, eles não dizem o que é crime, dizem quando se pode praticar um fato típico.