

NATAN BATISTA



**Direito
Penal**

PARTE GERAL

Arts. 1º ao 120 do Código Penal

Legislação e Teoria



DIREITO

PENAL

PARTE GERAL

Sumário:

Capítulo 1 – Introdução	Página 1
1. Conceito de Direito Penal	Página 1
1.1. Definição	Página 1
1.2. Definição de Pena e Medida de Segurança	Página 1
1.3. Ramos do Direito Penal	Página 1
1.4. Qual a Finalidade do Direito Penal?	Página 1
2. Código Penal	Página 1
2.1. Função	Página 1
2.2. Bens Jurídicos	Página 2
3. Normas Jurídicas	Página 2
3.1. Gênero e Espécie	Página 2
4. Princípio	Página 2
4.1. Princípio da Bagatela ou Insignificância	Página 2
4.2. Fundamentos da República Federativa do Brasil	Página 3
4.3. Princípio da Legalidade	Página 4
4.4. Princípio da Retroatividade da Lei Penal Benéfica	Página 5
4.5. Princípio da Alteridade ou Transcendência	Página 6
4.6. Princípio da Intervenção Mínima ou <i>ultima ratio</i>	Página 6
4.7. Princípio da Adequação Social	Página 6
4.8. Princípio <i>non bis in idem</i>	Página 7
4.9. Princípio da Proporcionalidade	Página 7
4.10. Princípio da Humanidade	Página 7
4.11. Princípio da Personalidade/Pessoalidade	Página 8
5. Fontes do Direito Penal	Página 8
5.1. Fonte Material	Página 8
5.2. Fonte Formal	Página 8
6. Norma Penal em Branco	Página 8
Capítulo 2 – Aplicação da Lei Penal	Página 10
1. Aplicação da Lei Penal no Tempo	Página 10
1.1. Institutos da Lei Penal no Tempo	Página 10
1.2. Efeito Ultra Ativo	Página 11
1.3. Tempo do Crime	Página 11
2. Aplicação da Lei Penal Quando ao Local	Página 12
2.1. Lugar do Crime	Página 12
2.2. Territorialidade	Página 13
2.3. Extraterritorialidade	Página 14
3. Contagem Quando ao Tempo da Pena	Página 18
Capítulo 3 – Teoria do Crime	Página 20

1. Teoria Clássica	Página 20
2. Teoria Finalista	Página 20
3. Outras Teorias	Página 21
4. Fato Típico	Página 21
4.1. Conduta	Página 21
4.2. Resultado	Página 22
4.3. Nexo Causal	Página 23
4.4. Tipicidade	Página 27
5. Classificação Doutrinária dos Crimes	Página 27
5.1. Quanto à Qualidade do Sujeito Ativo	Página 27
5.2. Quanto ao Resultado Normativo	Página 27
5.3. Quanto ao Momento Consumativo	Página 28
5.4. Crime Vago	Página 29
5.5. Crime Habitual	Página 29
Capítulo 4 – Conflito Aparente de Normas	Página 30
1. Princípio da Especialidade	Página 30
2. Princípio da Subsidiariedade	Página 30
3. Princípio da Consumação ou Absorção	Página 31
4. Princípio da Alternatividade	Página 32
Capítulo 5 – Tentativa	Página 33
1. Conceito	Página 33
2. <i>Iter criminis</i> (Caminho do Crime)	Página 33
3. Teorias	Página 33
4. Espécies de Tentativa	Página 34
5. Crimes que Não Admitem Tentativa	Página 35
6. Punibilidade da Tentativa	Página 35
7. Tentativa e Dolo Eventual	Página 35
Capítulo 6 – Desistência Voluntária, Arrependimento Eficaz e Arrependimento Posterior	Página 37
1. Desistência Voluntária	Página 37
2. Arrependimento Eficaz	Página 37
3. Arrependimento Posterior	Página 38
Capítulo 7 – Crime Impossível	Página 40
Capítulo 8 – Crimes Dolosos e Culposos	Página 42
1. Crime Doloso	Página 42
2. Crime Culposo	Página 45
3. Agravado pelo Resultado	Página 47

3.1. Crimes Qualificados pelo Resultado	Página 47
Capítulo 9 – Exclusão de Ilicitude	Página 50
1. Estado de Necessidade	Página 50
2. Legítima Defesa	Página 53
3. Diferença entre Estado de Necessidade e Legítima Defesa	Página 56
4. Exercício Regular de Direito e Estrito Cumprimento de Dever Legal	Página 57
Capítulo 10 – Culpabilidade	Página 59
1. Imputabilidade e Inimputabilidade	Página 62
2. Causas da Excludente de Culpabilidade	Página 63
3. Conclusão	Página 67
Capítulo 11 – Concurso de Pessoas	Página 68
1. Legislação	Página 68
2. Teoria	Página 68
3. Autor	Página 70
4. Partícipe	Página 72
5. Requisitos do Concurso de Pessoas	Página 74
6. Autoria Colateral	Página 74
Capítulo 12 – Comunicabilidade e Incomunicabilidade das Circunstâncias	Página 77
1. Legislação	Página 77
2. Elementares	Página 77
3. Circunstâncias	Página 77
4. Exemplos	Página 78
Capítulo 13 – Das Penas	Página 81
1. Pena	Página 81
1.1. Conceito	Página 81
1.2. Caráter Preventivo da Pena	Página 81
1.3. Teorias Extremadas das Penas	Página 81
1.4. Pena/Regime	Página 83
1.4.1. Regime Fechado	Página 85
1.4.2. Regime Semiaberto	Página 86
1.4.3. Regime Aberto	Página 87
2. Desconto de Pena – Lei de Execução Penal (Lei 7.201/1984)	Página 87
2.1. Progressão	Página 87

2.2. Regressão	Página 90
2.3. Remição	Página 90
2.4. Falta Grave	Página 92
2.5. Tempo Remido	Página 92
2.6. Recomendação 44/13 do Conselho Nacional de Justiça	Página 92
3. Detração	Página 93
4. Monitoramento Eletrônico	Página 95
5. Regime Disciplinar Diferenciado	Página 96
6. Dosimetria da Pena	Página 97
7. Penas Restritivas de Direitos	Página 102
7.1. Prestação Pecuniária	Página 104
7.2. Perda de Bens e Valores	Página 105
7.3. Prestação de Serviços à Comunidade	Página 106
7.4. Interdição Temporária de Direito	Página 107
7.5. Limitação de Fim de Semana	Página 109
8. Pena de Multa	Página 109
9. Reincidência	Página 111
10. Concurso de Pessoas	Página 113
10.1. Concurso Material	Página 113
10.2. Concurso Formal	Página 114
10.2.1. Concurso Formal Próprio	Página 115
10.2.2. Concurso Formal Impróprio	Página 116
10.3. Concurso Material Benéfico	Página 116
10.4. Crime Continuado	Página 116
10.5. Multas no Concurso de Crimes	Página 118
11. Teoria do Erro	Página 118
11.1. Conceito de Erro	Página 118
11.2. Erro Sobre Elementos do Tipo	Página 118
11.3. Erro Sobre a Pessoa	Página 119
11.4. Erro Sobre a Ilícitude do Fato	Página 120
11.5. <i>Aberratio ictus</i> – Erro na Execução	Página 120
11.6. <i>Aberratio delicti</i> – Resultado Diverso do Pretendido	Página 121
12. Limite das Penas	Página 122
13. Da Suspensão Condicional da Pena	Página 123
14. Do Livramento Condicional	Página 131
15. Comparação entre Sursis e Livramento Condicional	Página 138
16. Dos Efeitos da Condenação	Página 138
17. Da Reabilitação	Página 144
Capítulo 14 – Das Medidas de Segurança	Página 148

1. Introdução	Página 148
2. Pena e Medida de Segurança	Página 149
3. Conceito de Medida de Segurança	Página 149
4. Espécie de Medida de Segurança	Página 150
5. Concessão	Página 150
6. Prazo	Página 151
7. Desinternação ou Liberação Condicional	Página 154
8. Reinternação do Agente	Página 155
9. Conversão da Pena Privativa de Liberdade em Medida de Segurança	Página 155
10. Direitos do Internado	Página 157
11. Extinção da Punibilidade	Página 158
Capítulo 15 – Ação Penal	Página 160
1. Conceito de Ação	Página 160
2. Conceito de Ação Penal	Página 160
3. Natureza Jurídica da Ação Penal	Página 161
4. Condições Genéricas da Ação	Página 161
5. Condições Específicas da Ação	Página 163
6. Espécies de Pena	Página 163
6.1. Ação Penal Pública	Página 164
6.2. Ação Penal de Iniciativa Privada	Página 166
7. Irretratabilidade da Representação, a Renúncia Expressa e Tácita do Direito de Queixa e a Decadência do Direito de Queixa ou de Representação	Página 168
8. Ação Penal no Crime Complexo	Página 170
9. Perdão do Ofendido	Página 170
Capítulo 16 – Da Extinção da Punibilidade	Página 172
1. Punibilidade	Página 172
2. Extinção da Punibilidade	Página 172
3. Causas da Extinção da Punibilidade	Página 175
3.1. Morte do Agente	Página 175
3.2. Anistia, Graça e Indulto	Página 177
3.2.1. Anistia	Página 177
3.2.2. Graça (Indulto Individual) e Indulto (Coletivo)	Página 179
3.2.3. Comparação entre Anistia, Graça e Indulto	Página 182
3.3. Retroatividade da Lei	Página 182
3.4. Decadência e Perempção	Página 183
3.4.1. Decadência	Página 183

3.4.2. Perempção	Página 185
3.5. Prescrição	Página 186
3.5.1. Conceito	Página 186
3.5.2. Teorias	Página 186
3.5.3. Natureza Jurídica	Página 187
3.5.4. Não Admitem Prescrição	Página 188
3.5.5. Tipos de Prescrição	Página 189
3.5.6. Aplicações da Prescrição	Página 196
3.5.7. Impedimentos e Interrupções da Prescrição	Página 201
3.5.8. Tabela de Prazos Prescricionais	Página 202



DIREITO

PENAL

PARTE GERAL

Capítulo 1 – Introdução

1. Conceito de Direito Penal

1.1. Definição

É o ramo do direito público que define as infrações penais, estabelecendo as penas e a medida de segurança aplicável aos infratores.

Segundo o jurista alemão Franz von Liszt, Direito Penal se dá pelo conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam o crime ao fato, bem como a pena à consequência do mesmo.

1.2. Definição de Pena e Medida de Segurança

No Brasil, existem três tipos de penas:

A primeira se dá pela Pena Privativa de Liberdade, ou seja, o aprisionamento do indivíduo;

A segunda consiste na Pena Restritiva de Direitos. Estas substituem as Penas Privativas de Liberdade e se definem por prestações de serviço, perda de bens etc;

A terceira se dá pelas Penas de Multa. O indivíduo é obrigado a efetuar um tipo de pagamento pela infração. Esta pode ser sentenciada sozinha ou, normalmente, junto à Privativa de Liberdade.

A Medida de Segurança é aplicada caso o infrator não apresente culpabilidade perante o ato. Em casos em que o indivíduo sofre de algum distúrbio psicológico, por exemplo. Neste caso pode se aplicar duas resoluções:

Intervenção em um hospital de tratamento e custódia, em reclusão ou;

Tratamento Ambulatório, em detenção.

1.3. Ramos do Direito Penal

O direito não é dividido. Seus ramos são meramente acadêmicos. São eles: público e privado, sendo o direito público tudo aquilo que incumbe o Estado.

1.4. Qual a Finalidade do Direito Penal?

A finalidade do Direito Penal é trazer a pacificação social, sendo a única ferramenta do Estado para garantir o controle social, uma vez que caracteriza poder coercitivo.

2. Código Penal

2.1. Função

O Código Penal é o meio pelo qual o Estado garante seus bens jurídicos.

2.2. Bens Jurídicos

A vida. Crimes relacionados à vida apresentam as penas mais altas, por exemplo, o crime mais grave cometido no Brasil é o homicídio qualificado em que o indivíduo comete o crime de maneira dolosa, estando nele inclusos os chamados qualificadores (motivo fútil, meio cruel, acobertamento de outro crime, motivo torpe, dificuldade de defesa). As leis relacionadas a este tipo de crime se encontram nos Artigos 121 ao 128 do Código Penal.

A dignidade sexual. Como por exemplo o estupro. Este caso está contido na Lei 12015/09.

O patrimônio. Como por exemplo os furtos e roubos às propriedades. Contido no Artigo 155 do Código Penal.

A lesão corporal. Além dos crimes inclusos nas IPMPOs (Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo) – neste caso ocorre a composição de um acordo entre os envolvidos e, caso haja recusa de uma das partes, se estabelece um pacto entre o responsável pelo caso e o autor do crime. Estas situações estão contidas no Artigo 129 do Código Penal.

3. Normas Jurídicas

3.1. Gênero e Espécie

As Normas Jurídicas caracterizam um gênero em que estão contidas as seguintes espécies:

Princípios: por constituírem expressão inicial dos valores fundamentais ou finalidades a serem atingidas, estão em patamares superiores às regras. Segundo Sundfeld, fundador da SBDP (Sociedade Brasileira de Direito Público), princípio se dá pelas “ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar-se. ”

Regras: condutas a serem observadas mediante um fazer ou não fazer, mediante autorizações ou proibições. Segundo José Levi do Amaral Junior, professor de Direito Constitucional da USP, “A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos.”

4. Princípios

4.1. Princípio da Bagatela ou Insignificância

O jurista alemão, Claus Roxin, criou o chamado Princípio da Bagatela e Insignificância. Este é acionado quando ocorrem crimes em que os bens jurídicos patrimoniais da vítima não são lesados.

O mesmo é caracterizado pela aplicação de uma política que trará uma análise restritiva à pena, uma vez que o ato se apresenta como de natureza atípica (não é

previsto na constituição), portanto este princípio não se aplica a casos de tipicidade material (cuja pena é prevista no código).

Para que o pedido quanto ao princípio seja validado, a ação deve apresentar: ausência de periculosidade social; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; mínima ofensividade de conduta; inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Há a possibilidade deste princípio ser utilizado quanto a casos reincidentes? Segundo o STF, por ser instituto de política criminal, o Estado não tem interesse em deferir o benefício a quem já foi condenado, ou seja, não se aplica. Porém, para o STJ, a partir de alguns acórdãos, esta se aplica.

Em crimes habituais, ou seja, caracterizados por reiteradas condutas delituosas, como o curandeirismo e o charlatanismo, também não se deve aplicar o Princípio da Bagatela ou Insignificância.

Os tributos são regulados pela lei 6830/80, porém a partir da lei 10522/02, artigo 20, todo processo cuja multa não exceder o valor de R\$ 10000 poderá utilizar-se deste princípio. Não obstante, através da Portaria do Ministério da Fazenda, números 75/12 e 130/12, esta quantia foi elevada para R\$ 20000. Mesmo com esta mudança, o STJ manteve a validade do pedido apenas até o valor de R\$ 10000.

4.2. Fundamentos da República Federativa do Brasil

De acordo com o artigo 1º da CF, o Estado tem por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluripartidarismo político.

Princípio da dignidade da pessoa humana. Afirma o art. 1º, III, da Constituição Federal:

Art. 1º da Constituição Federal. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

Este princípio apresenta-se como um vetor de normas constitucional.

Tem como objetivo fazer com que o Estado garanta condições existenciais mínimas para qualquer cidadão. Tais garantias são previstas no artigo 6º da CF e são eles: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Tem, também, como motivo subjetivo, respeitar a autoestima que qualquer cidadão merece em qualquer situação ou condição. Um exemplo deste motivo é o

artigo 128 do CP que garante à mulher vítima de estupro a realização do aborto. Convém notar que esta medida prevê, não exige. Caso exigisse, violaria o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Outro exemplo cabível é a artigo 5º, XLVII da CF que impede a aplicação de penas referentes ao trabalho forçado, visto que violaria o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A primeira carta constitucional que previa tal princípio foi a Constituição Alemã pós-guerra.

4.3. Princípio da Legalidade

Este princípio é regido por duas espécies:

Política. assegura as Garantias Humanas Fundamentais (GHF) ante o poder do Estado, ou seja, tem como função retardar ações inconstitucionais vindas do Estado. Um exemplo deste princípio é a liberdade provisória, concedida exceto em casos flagrantes.

Jurídica. esta espécie se divide em dois tópicos regidos, respectivamente, pelos artigos 5º, II CF e 5º XXXIX CF. O primeiro caracteriza o tópico amplo em que prevê que “ninguém será obrigado ou não a fazer algo, senão por meio da lei”, enquanto o segundo, estrito, previsto no artigo 1º CP e conhecido como Princípio da Reserva Legal, baseia-se na frase “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, caracterizando, segundo a lei:

Art. 1º do Código Penal. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Art. 5º, II, da Constituição Federal. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Este princípio surge nos séculos XI, XVIII e XIX na Magna Carta, Constituição Americana (redescoberto por Feuerbach) e na Revolução Francesa.

Este princípio apresenta desdobramentos:

Os comportamentos só serão criminalizados após a edição da lei. Por exemplo, a Lei Carolina Dieckmann (artigo 254-a, CP) não puniu o acusado deste caso, mas do seguinte. Outro exemplo é a punição por assédio sexual, artigo 216-a, CP, posta em prática pela Lei 10224/01. Até a criação da lei, todo aquele que constrangesse alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o autor da condição de superioridade hierárquica ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função, não era punido.

Somente a lei pode criar crimes. Por exemplo, medida provisória, prevista no artigo 62 CF, garante ao presidente, em caso de urgência, adotar alterações com força de lei, porém, a partir de 2001, esta não pôde mais alterar o Direito Penal. Apenas uma medida provisória tornou-se lei de 2001 até hoje: a medida provisória 417/08, artigo 32 (“Os possuidores e proprietários de armas de fogo poderão entregá-las, espontaneamente, mediante recibo e, presumindo-se de boa-fé, poderão ser indenizados”) a qual anulava a lei 10826/03, artigo 12 (“Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência deste, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa” – pena: detenção, de um a três anos, e multa), tornou-se a lei 11706/08 mediante aprovação do Supremo por beneficiar a população.

Proibição de analogia “*in mallam partem*”, ou seja, é permitido o uso da norma de integração desde que não prejudique as partes. Por exemplo, o artigo 214, CP (AVP – Ataque violento ao pudor) foi integrado ao artigo 213 (Estupro) a partir da lei 12015/09.

O tipo penal só cumprirá o seu papel quando o mesmo for claro e preciso. Por exemplo, a lei 4898/65, artigo 3º, diz constituir abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção. É notável que esta é pouco específica e, por isto, muito ampla, logo é vaga e, portanto, inconstitucional.

4.4. Princípio da Retroatividade da Lei Penal Benéfica

Este princípio é formado por dois artigos, sendo eles:

Art. 2º do Código Penal. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

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

Art. 5º, XL, da Constituição Federal. A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Ou seja, caso a lei que incrimina for revogada, a acusação é retirada. Por exemplo, aqueles que foram acusados pelo artigo 240, CP (adultério), não mais são acusados e tiveram, conforme o caso, sua primariedade retificada, pois esta foi revogada pela lei 11106/05 – “*abolitio criminis*”. A segunda, conhecida, também, como Lei da Irretroatividade Penal, diz que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” mesmo que transitado em julgado (período em que não cabem mais recursos), neste período cabe ao Juízo de Execução extinguir a pena. Caso ainda esteja em situação de recurso, cabe ao Tribunal competente extinguir a pena.

Suponhamos que ocorra um fato e durante o seu processo esteja em vigor uma determinada lei, porém após ser transitada em julgado esta lei é revogada e cria-

se uma lei mais severa. Quando ocorrer a sentença deste fato, a lei que deverá julgá-lo é a lei que o beneficiará, pois caso o mesmo seja julgado pela lei posterior, estará sendo prejudicado por um fato ocorrido anteriormente, seria uma retroação maléfica. Portanto a lei em que ocorreu o processo, sendo esta mais benéfica, deve acompanhar o caso até a sua sentença. Esta situação é nomeada por Ultra Atividade da lei Penal Benéfica.

4.5. Princípio da Alteridade ou Transcendência

Este princípio afirma que ninguém pode ser punido por causar lesões a si próprio, pois o Direito Penal deve aplicar pena apenas em comportamentos cuja lesão atinja o bem jurídico alheio.

A única exceção quanto a este princípio é o estelionato, previsto no artigo 171, V, do Código Penal – ação “*animus jocandi*”.

4.6. Princípio da Intervenção Mínima ou *ultima ratio*

Este princípio tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Tem como objetivo garantir que a criminalização de comportamentos só ocorra quando se constituir meio necessário à proteção de bens jurídicos ou à defesa de interesses juridicamente indispensáveis à coexistência harmônica e pacífica da sociedade.

Deste modo, o Direito Penal passa a ser a última alternativa (*ultima ratio*) como instrumento de controle social.

Este princípio apresenta dois nortes:

O primeiro se dá pela subsidiariedade, ou seja, o Direito Penal só deve atuar quando houver uma grave lesão ao ordenamento jurídico, e nenhum outro ramo do direito conseguir a pacificação social; enquanto o segundo diz respeito à fragmentalidade, ou seja, mesmo o mundo do Direito Público e Privado englobando várias condutas ilícitas, cabe ao Direito Penal se ater aos eventos ilícitos que contenham relevância para a esfera penal.

Por exemplo, no artigo 163 do Código Penal é previsto o crime de dano. Porém cabe ao Direito Penal intermediar as causas cuja natureza é dolosa tão somente.

4.7. Princípio da Adequação Social

Não pode ser considerado criminoso um comportamento humano que, embora tipificado na lei, não afronte o sentimento social de justiça, ou seja, este é um princípio interpretativo de ações previstas na lei, porém dadas como corriqueiras, normais e não lesivas pela população. Por exemplo, no artigo 129, CP é previsto o crime de lesão corporal, um dos bens jurídicos do Estado, porém pensemos na seguinte situação: uma jovem é submetida à repetidos golpes com uma agulha, de modo a causar-lhe uma cicatriz. Este ato caracterizaria uma lesão corporal, não? Porém isto acontece na produção de uma tatuagem e, por este motivo, levando em

consideração que é pouco lesivo socialmente, não é tido como crime. Outro exemplo deste princípio são as casas de prostituição e os jogos do bicho.

Este princípio não pode ser confundido com a leniência do Estado, ou seja, não deve ser confundido com os crimes que Estado deixa de evitar por sua ineficiência.

4.8. Princípio *non bis in idem*

Este princípio tem como objetivo evitar que a pena seja aplicada duas vezes no mesmo caso – “*non bis in idem*” = não repetir sobre o mesmo. Por exemplo, o artigo 140, § 3º CP que prevê o crime de injúria, diz respeito ao aumento da pena, caso o mesmo for cometido devido à raça, cor, etnia, religião ou origem. O artigo 141, IV, CP diz:

Art. 141, IV, do Código Penal. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria”. Caso não houvesse a explicação “exceto no caso de injúria

Portanto, alguém que cometesse um crime de injúria contra um deficiente poderia ser acusado tanto pelo artigo 140, § 3º CP, tendo sua pena aumentada pelo artigo 141, IV CP.

Outro exemplo é o caso do artigo 8º CP que prevê o cumprimento de penas no exterior. Suponhamos que um indivíduo cometa um crime e seja condenado a 3 anos na Espanha, porém é, também, condenado no Brasil a 10 anos. Caso ele cumpra os 3 anos no exterior, segundo o Princípio “*non bis in idem*”, estes anos de pena são descontados do Brasil.

4.9. Princípio da Proporcionalidade

Este princípio, previsto primeiramente na Carta de João Sem Terra e na Declaração do Direito do Homem e do Cidadão (1789), diz que quanto maior a gravidade do crime, maior será a pena. Este princípio é previsto através do artigo 29, CP.

Art. 29 do Código Penal. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

4.10. Princípio da Humanidade

Este princípio tem por objetivo promover a Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que prevê as penas não permitidas no Brasil através do artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal.

Art. 5º, XLVII, da Constituição Federal. Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;

- d) de banimento;
- e) cruéis.

4.11. Princípio da Personalidade/ Pessoalidade

Este princípio afirma que a pena atribuída a uma pessoa não pode ser transferida, exceto em caso de transmissão de herança, sendo a pena caracterizada como multa. Este princípio é previsto segundo artigo 5º, XLV, CF.

Art. 5º, XLV, da Constituição Federal. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

5. Fontes do Direito Penal

5.1. Fonte Material

Esta fonte tem como objetivo a produção das leis e, por esta forma, cabe, unicamente, à União, pois esta é a única capaz de criar as leis (Poder Legislativo).

Esta fonte é prevista no artigo 22, I, CF.

Art. 22 da Constituição Federal. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

[...]

5.2. Fonte Formal

Esta fonte é responsável pelo conhecimento gerado pela primeira fonte, ou seja, de forma direta, é a lei e, de forma indireta, são os costumes, os princípios gerais do direito e as doutrinas.

Esta fonte serve para dar publicidade àquilo que é produzido pelo Estado.

Um exemplo dos costumes como fonte do Direito Penal é: segundo o artigo 233 CP, praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público, é sujeito à pena de três meses a um ano de detenção. Porém em época de carnaval, por exemplo, por esta festividade expressar um costume típico brasileiro, a nudez não caracteriza crime.

6. Norma Penal em Branco

A Norma Penal em Branco é uma norma de conteúdo vago, cujo complemento é oriundo de uma outra norma jurídica, que pode ser fruto de uma mesma casa legislativa (homogênea) ou de casa legislativa diversa (heterogênea).

Por exemplo, segundo o artigo 269, CP, todo o médico que deixar de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória, está sujeito à

pena de seis meses a dois anos de detenção, porém esta lei não apresenta quais doenças são de denúncia compulsória, portanto precisa de um complemento. Este é encontrado em uma Portaria do Ministério da Saúde. Este caso pode ser visualizado, também, o artigo 33 da lei 11343/06 que diz que o indivíduo que importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, estará sujeito a uma pena de cinco a 15 anos de reclusão, porém a mesma não apresenta quais substâncias são consideradas drogas. Da mesma forma, estas encontram-se em uma Portaria do Ministério da Saúde. Ambas exemplificam uma situação de Norma Penal em Branco Heterogênea, uma vez que o complemento da lei é uma portaria, ou seja, uma casa legislativa diversa.

Um exemplo para a Norma Penal em Branco Homogênea é o artigo 237, CP. Este diz que contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta, está sujeito à pena de três meses a um ano de detenção. Porém este artigo não exhibe quais são os impedimentos da efetuação do casamento. Estes estão previstos no artigo 1521, CC, ou seja, este artigo penal é complementado por um artigo civil, portanto Direito Penal sendo complementado pelo Direito Civil. Outro exemplo desta mesma Norma Penal em Branco é o artigo 312, CP. Este artigo diz que todo o funcionário público que se apropriar de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de quem tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio, será punido com dois a doze anos de reclusão. Porém este artigo não especifica o que caracteriza um funcionário público. Esta definição é prevista no artigo 327, CP. Este caso mostra-nos uma lei penal sendo complementada por outra lei penal.

Capítulo 2 – Aplicação da Lei Penal

1. Aplicação da Lei Penal no Tempo

1.1. Institutos da Lei Penal no Tempo

Afirma o art. 2º do Direito Penal:

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

A aplicação da Lei Penal contém quatro institutos.

Novatio legis incriminadora. O primeiro se dá pela “*novatio legis incriminadora*”. Este instituto é caracterizado pela criação de uma lei que considera uma ação anteriormente atípica como sendo criminosa. Por exemplo, o artigo 154-a, CP (Lei Carolina Dieckmann), lei 12737/12, passou a prever como crime a revelação de alguém, sem justa causa, de quem tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem, sendo esta medida não submetida à retroação.

Abolitio criminis. O segundo instituto é a “*abolitio criminis*”. Este instituto revoga uma determinada lei. Faz com que um ato deixe de ser crime. Por exemplo, o artigo 240, CP que previa o crime de adultério foi revogado pela lei 11106/05, podendo esta alteração retroagir para o benefício do agente.

Novatio legis in pejus. O terceiro instituto é a “*novatio legis in pejus*”. Este instituto é a criação de uma nova lei mais severa que substitui uma prévia menos severa. Por exemplo, o artigo 2º da lei 8072/90 dizia que os acusados por crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo teriam sua pena cumprida integralmente de forma fechada. Após a lei 11464/07, nestes mesmos crimes, caso o réu seja primário, o regime poderá ser progredido após cumprido $\frac{2}{5}$ da pena, enquanto para casos reincidentes, a pena cumprida deve ser de, no mínimo, $\frac{3}{5}$ do total. Outro exemplo é o artigo 1º, lei 8072/90, a qual passa a prever o crime de homicídio qualificado como crime hediondo. Tal alteração foi feita a partir de um projeto de lei da população, sendo esta ação prevista no artigo 61, § 2.

Novatio legis in melius. O quarto instituto dá-se pela “*novatio legis in melius*”. Este instituto caracteriza-se pela criação de uma nova lei que melhorará a situação do réu, ou seja, a criação de uma lei menos severa. Um exemplo desta instituição é o artigo 28, lei 11343/06. Este artigo diz que quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido à advertência sobre os efeitos das drogas, prestar serviços à comunidade e ser submetido às medidas educativas de comparecimento no programa ou curso

educativo, ou seja, esta lei fez com que o usuário de drogas fosse visto como um doente, passível de tratamento. Anteriormente, nas leis 6368/76 e 8072/90, quem usasse drogas era considerado criminoso, passível de pena privativa de liberdade.

1.2. Efeito Ultra Ativo

Afirma o art. 3º do Código Penal:

Art. 3º do Código Penal. 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

As leis que apresentam efeito ultra ativo, ou seja, mesmo a posteriori ao término da sua vigência, caso a infração referente a esta tenha ocorrido no seu período de vigor, continuar-se-á o processo até o seu término, sob acusação desta mesma lei, são duas:

Lei temporária. Este tipo de lei, prevista do artigo 3º, CP (acima destacado), prevê os chamados crimes temporários, ou seja, caracteriza como sendo crime determinadas ações em um determinado período. Este tipo de lei possui data de efetivação e, neste momento, a data do término.

Por exemplo, o artigo 30 da lei 12663/12 (Lei da Copa) previa ser crime o ato de “reproduzir, imitar, falsificar ou modificar indevidamente quaisquer Símbolos Oficiais de titularidade da FIFA”, sob pena de detenção de três meses a um ano ou multa. Esta lei entrou em vigor dia 05/06/2012 e teve o seu término no dia 31/12/2014.

Lei excepcional. Este tipo de lei caracteriza-se por entrar em vigência durante um período de anormalidade, tal como: terremotos, epidemias, cataclismos etc. Estas são previstas pelo artigo 3º CP, igualmente.

1.3. Tempo do Crime

Afirma o art. 4º do Código Penal:

Art. 4º do Código Penal. Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

O tempo do crime, já concretizada a interpretação da Legislação prevista no artigo 4º, CP, apresenta três possibilidades de interpretação:

Teoria da atividade. Considera-se tempo do crime o momento em que o agente pratica a conduta, mesmo que o seu resultado se concretize em tempo distinto.

Segundo Rogério Greco:

Pela teoria da atividade, tempo do crime será o da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Para essa teoria, o que importa é o momento da conduta, comissiva ou omissiva, mesmo que o resultado dela se distancie no tempo.

Teoria do resultado. Considera-se tempo do crime o momento em que o delito alcança sua consumação (resultado). Ou seja, leva-se em consideração o momento em que, de fato, se consumar o crime, e não seu ato.

Teoria mista. Considera-se momento do crime tanto o momento da conduta, como o momento do resultado.

Nota-se que a opção feita pelo Legislativo foi a primeira hipótese, ou seja, a Teoria da Atividade.

2. Aplicação da Lei Penal Quanto ao Local

2.1. Lugar do Crime

Afirma o art. 6º do Código Penal:

Art. 6º do Código Penal. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

Assim como o Tempo do Crime, o Lugar do Crime distingue-se em três hipóteses, já tendo o Legislativo optado por uma delas e prevista esta no artigo 6º, CP:

Teoria da conduta. Considera-se lugar do crime o local onde o agente pratica a conduta idônea à produção do resultado. Ou seja, importante é o local do ato do crime, e não o local onde o mesmo findar-se-á.

Teoria do resultado. Considera-se lugar do crime o local onde o delito alcança seu resultado. Ou seja, não se importa com o ato, mas sim com o resultado.

Teoria da ubiquidade ou mista. Considera-se lugar do crime tanto o local onde o agente pratica a conduta idônea à produção do resultado, como o local onde, de fato, se é alcançado o resultado da ação.

Cabe salientar que, em casos de o ato do crime ou seu resultado ou intenção de resultado ocorrem no Brasil, levar-se-á em consideração o artigo 70, CPP.

Art. 70 do Código de Processo Penal. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

§1º. Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.

§2º. Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.

Ou seja, caso o ato do crime ocorra no Brasil, o lugar do crime será definido pela última ação praticada em solo nacional, enquanto julgar-se-á quanto ao

resultado da ação, uma vez que esse ocorra em solo pátrio ou que se tenha a intenção de que se ocorra no mesmo.

2.2. Territorialidade

Afirma o art. 5º do Código Penal:

Art. 5º do Código Penal. Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

§1º. Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

§2º. É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, a estas em porto ou mar territorial do Brasil (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

Esta questão, como visto, é prevista no artigo 5º, CP e antes de apresentarmos o conteúdo deste artigo convém tomarmos nota de algumas definições:

Território. É a definição¹:

1) O território é a delimitação geográfica das fronteiras de cada Estado estabelecida no mapa político. Sem território não pode haver Estado. Os judeus, por exemplo, são uma nação, mas não formam um Estado, porque não possuem território.

2) O conceito de território para o Direito Penal é eminentemente jurídico, não se confundido com a definição geográfica do termo. Território é todo espaço em que o Estado exerce a soberania, isto é, onde o seu ordenamento jurídico tem eficácia e validade. Não é difícil perceber que a extensão fica critério exclusivo do legislador, que a determina consoante o interesse político.

Mar territorial. É a definição segundo a Lei 8.617/93:

Art. 1º da Lei 8.617/1993. O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixamar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil.

Parágrafo único. Nos locais em que a costa apresente recorte profundo e reentrância ou em que existe uma franja de ilhas ao longo da costa na sua proximidade imediata, será adotado o método das linhas de base retas, ligando pontos apropriados, para o traçado da linha de base, a partir da qual será medida a extensão do mar territorial.

¹ Texto disponível em:

https://jb.jusbrasil.com.br/definicoes/100002369/territorio?ref=topic_feed#comments

Ou seja, além do território terrestre brasileiro, os crimes são julgados pelas leis do Brasil, uma vez que estes ocorram em embarcações ou aeronaves públicas ou privadas, desde que estejam sob uso do governo, independentemente da localização onde os mesmos se encontram; além de também se poder julgar crimes em embarcações e aeronaves estrangeiras, desde que estejam em território nacional.

2.3. Extraterritorialidade

Afirma o art. 7º do Código Penal:

Art. 7º do Código Penal. Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

I – os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)
- 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; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

II – os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)
- b) praticado 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; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

Extraterritorialidade é o fenômeno pelo qual a lei penal se aplica a fatos ocorridos fora do território nacional, isto é, em locais submetidos à soberania externa ou mesmo em território em que país algum exerce seu poder soberano, por exemplo a Antártida. Estes casos são previstos no artigo 7º, CP.

Deve-se lembrar que, conforme diz o artigo 2º, lei 3688/41 (Lei das Contravenções Penais): “A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional”, sendo o artigo 7º, CP as exceções da mesma.

Quanto à exterioridade, existem alguns princípios pátrios:

Princípio da nacionalidade. Cada país tem o interesse de julgar e punir seus cidadãos; a lei pátria se aplica aos brasileiros em qualquer lugar em que o crime tenha sido praticado.

Em relação a este princípio, existem duas categorias:

- 1) **Nacionalidade Passiva:** prevista pelo artigo 7º, § 3º CP, caracteriza-se pela aplicação da lei brasileira em crime de estrangeiro contra brasileiros, efetuado no exterior;
- 2) **Nacionalidade Ativa:** prevista pelo artigo 7º, II, b, CP, dá-se pela aplicação da lei brasileira em crimes cometidos por brasileiros contra estrangeiros, fora do Brasil.

Quanto ao julgamento e punição, convém analisarmos os artigos 88, 89 e 90, CPP.

O primeiro (artigo 88) diz que:

Art. 88 do Código de Processo Penal. No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República.

Ou seja, em crimes cometidos fora do país, cabe à Capital do Estado da última residência do acusado julgá-lo, exceto na condição de o indivíduo nunca ter residido no país, neste caso cabe à capital o julgamento.

O segundo (artigo 89) diz que:

Art. 89 do Código de Processo Penal. Os crimes cometidos em qualquer embarcação nas águas territoriais da República, ou nos rios e lagos fronteiriços, bem como a bordo de embarcações nacionais, em alto-mar, serão processados e julgados pela justiça do primeiro porto brasileiro em que tocar a embarcação, após o crime, ou, quando se afastar do País, pela do último em que houver tocado.

O terceiro (artigo 90) diz que:

Art. 90 do Código de Processo Penal. Os crimes praticados a bordo de aeronave nacional, dentro do espaço aéreo correspondente ao território brasileiro, ou ao alto-mar, ou a bordo de aeronave estrangeira, dentro do espaço aéreo correspondente ao território nacional, serão processados e julgados pela justiça da comarca em cujo território se verificar o pouso após o crime, ou pela da comarca de onde houver partido a aeronave.

Princípio da proteção. Justifica a aplicação da lei brasileira sempre que, no exterior, se der a ofensa a um bem jurídico nacional de origem pública. Por exemplo, a marca Caixa Econômica Federal apresenta filiais em países estrangeiros. Caso este patrimônio seja denegrido, deve-se aplicar a lei brasileira ao caso.

Princípio da competência universal/política cosmopolita. Justifica a aplicação da lei brasileira sempre que, no exterior, se der a ofensa a um bem jurídico nacional de origem pública. Por exemplo, a marca Caixa Econômica Federal apresenta filiais em países estrangeiros. Caso este patrimônio seja denegrido, deve-se aplicar a lei brasileira ao caso.

Princípio da representação/bandeira. Cuida-se para levar em conta, para efeito da aplicação da lei penal brasileira, a bandeira da embarcação ou da aeronave no interior da qual o fato foi praticado, valendo este princípio para as embarcações privadas, apenas, pois no âmbito público, tanto embarcações, como aeronaves, caracterizam território nacional.

Exige-se, entretanto, que o crime não tenha sido julgado no estrangeiro, para efeito de se aplicar a nossa lei, por isso tem caráter subsidiário (artigo 7º, §2º, “d” CP).

O inciso I diz respeito à extraterritorialidade incondicionada, ou seja, são os crimes que, independente do lugar do crime, do tempo do crime e do agente, serão submetidos às leis brasileiras (§ 1º).

O inciso II caracteriza-se pela extraterritorialidade condicionada, ou seja, são crimes em que, através de acordos ou convenções (artigo 7º, II, a), o Brasil é obrigado a ceder o julgamento para os órgãos estrangeiros, é a verdadeira condição de procedibilidade ou condição específica para o exercício da ação penal, exceto ocorra os casos citados no § 2º.

Resumindo. Segue o esquema:

Artigo	Princípio
Art. 7º, I, a	Princípio da Proteção
Art. 7º, I, b	Princípio da Proteção
Art. 7º, I, c	Princípio da Proteção
Art. 7º, I, d	Princípio da Proteção ² / Princípio da Competência Universal ³
Art. 7º, II, a	Princípio da Competência Universal
Art. 7º, II, b	Princípio da Nacionalidade Ativa
Art. 7º, II, c	Princípio da Representação/Bandeira
Art. 7º, §3º	Princípio da Nacionalidade Passiva ⁴ / Princípio da Proteção ⁵

Casos da exterioridade que não são previstos no artigo 7º. Além do artigo 7º, convém tomarmos nota da extraterritorialidade quanto ao crime de tortura. O artigo 2º da Lei 9455/97 (crime de tortura) diz que os crimes de tortura serão julgados

² Segundo o professor Damásio de Jesus

³ Segundo o professor Guilherme de Souza Nucci

⁴ Segundo o professor Damásio de Jesus

⁵ Segundo o professor Nelson Hungria

segundo Legislação Brasileira, uma vez que a vítima caracterizar um cidadão brasileiro ou que o crime seja praticado em locais cuja jurisdição pátria prevalece.

É o teor do artigo:

Art. 2º da Lei de 9.455/97. O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileiro.

O outro caso de exterioridade não prevista no artigo 7º, CP consta no Código Penal Militar (CPM), artigo 7º. Este diz que a Lei Penal será aplicada, sem que os acordos internacionais sejam feridos, uma vez que o militar infrator será punido tanto no exterior, como no Brasil, sendo o crime praticado em todo ou em parte em território nacional.

É o teor do dispositivo:

Art. 7º do Código Penal Militar. Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira.

Território nacional por extensão

§1º. Para os efeitos da lei penal militar consideram-se como extensão do território nacional as aeronaves e os navios brasileiros, onde quer que se encontrem, sob comando militar ou militarmente utilizados ou ocupados por ordem legal de autoridade competente, ainda que de propriedade privada.

Ampliação a aeronaves ou navios estrangeiros

§2º. É também aplicável a lei penal militar ao crime praticado a bordo de aeronaves ou navios estrangeiros, desde que em lugar sujeito à administração militar, e o crime atente contra as instituições militares.

Conceito de navio

§3º. Para efeito da aplicação deste Código, considera-se navio toda embarcação sob comando militar.

Eficácia de sentença estrangeira. Afirma o art. 8º do Código Penal:

Art. 8º do Código Penal. A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Este princípio é previsto pelo artigo 8º, CP e diz que as penas já cumpridas no estrangeiro serão abatidas em território nacional.

Homologação de sentença estrangeira. Afirma o art. 9º do Código Penal:

Art. 9º do Código Penal. A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – sujeitá-lo a medida de segurança. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. A homologação depende: (Incluído pela Lei nº 7.902, de 11.7.1984)

- a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O inciso primeiro diz que a lei estrangeira pode ser aplicada no Brasil, contanto que esta possua o mesmo princípio da lei em território nacional, para que o réu arque com os efeitos civis, ou seja, para que o réu pague danos, restituições etc, porém para que isto aconteça, deve-se apresentar um pedido quanto esta ação; enquanto o inciso segundo afirma ser possível entrar com uma medida de segurança, sendo preciso existir um acordo de extradição entre os países envolvidos.

Inicialmente, cabia ao STF homologar as sentenças em casos de crimes no estrangeiro (art. 787 CPP), porém, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, com a incorporação do art. 105, I, i, CF, quem passa a ser o responsável pela homologação é o STJ.

Art. 105, I, i, da Constituição Federal. Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originalmente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

3. Contagem Quanto ao Tempo da Pena

Afirmam os arts. 10 e 11 do Código Penal:

Art. 10 do Código Penal. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 11 do Código Penal. Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Portanto, após se tenha conhecimento da autoria do crime, conta-se o prazo estabelecido para que se faça o processo quanto ao crime. Por exemplo, quanto ao Código Penal, se um crime tem conhecimento no dia 12/01 e, para o mesmo, tem-se

um prazo para o pedido do processo de um mês, poderá ser feito o pedido até o dia 11/02; entretanto no Código de Processo Penal, usa-se um método diferente, uma vez que não se inclui o primeiro dia e, portanto, soma-se um dia (útil) ao prazo, por exemplo, o mesmo caso, tomado conhecimento no dia 12/01, não se contará esse dia, ou seja, o prazo para o pedido de processo poderá ser feito até o dia 12/02 (tal ato é previsto no artigo 798, § 1º, CPP).

Em relação ao art. 11, conhecido como *frações não computáveis de pena*, convém que citeamos um exemplo: se um indivíduo é posto em privação de liberdade as 23:50 do dia 14/04, ou seja, 10 minutos para acabar o dia, conta-se o dia presente (14) como o primeiro dia de pena, ou seja, as horas, os minutos e os segundos não são computados para efeito de contagem das penas, enquanto que em penas de multa os centavos também não são computados.

Capítulo 3 – Teoria do Crime

A teoria do crime é dividida em duas correntes: a Teoria Clássica e a Teoria Finalista.

1. Teoria Clássica

Esta teoria, criada por Von Liszt e Ernest Beling, afirma ser o crime formado pelo aspecto objetivo e aspecto subjetivo. Portanto:

Crime = aspecto objetivo + aspecto subjetivo.

O aspecto objetivo se dá pela junção do fato típico, ou seja, previsto na lei, que seja antijurídico, ou melhor, injusto; enquanto o aspecto subjetivo caracteriza-se pela culpabilidade que, segundo esta corrente, é formada pela análise de dolo ou culpa.

Nota-se que esta corrente separa o fator de vontade da ação da ação em si. Segundo seus precursores, não há relação entre a ação e a vontade do indivíduo, visto que a ação provém de impulsos cerebrais, apenas.

É esta separação entre ação e vontade que invalida, segundo os finalistas, esta teoria.

2. Teoria Finalista

Esta, criada por Hans Welzel, responsável pela invalidez da teoria clássica, apresenta o crime como sendo fato típico, antijurídico e culpável.

A diferença entre as duas teorias se dá pelo deslocamento da análise do dolo e da culpa.

Na teoria finalista, fato típico é aquele que possui determinada conduta, integrando esta o dolo e a culpa; resultado naturalístico, ou seja, consequência da conduta; nexos causal, fato este que liga a conduta ao resultado; e tipicidade, sendo elas formal – enquadrada na Lei – e material – lesionando um determinado bem jurídico.

Da mesma maneira que a teoria clássica, o fato tem que ser injusto ou antijurídico, por exemplo, o furto famélico, considerado realizado em estado de necessidade, não deixa de caracterizar furto, porém não é tipificado como crime, e, diferentemente da anterior, a teoria finalista apresenta o aspecto “culpabilidade”. Este quesito é atendido, uma vez que se efetuam as seguintes condições: exigibilidade de conduta diversa (ação que poderia ser evitada) e potencial consciência da ilicitude (consciência do ente quanto a sua ação). Caso estes quesitos não sejam atendidos, o ente é considerado imputável. Nota-se, portanto, que o aspecto culpabilidade pressupõe a aplicação da lei penal.

Conclui-se que, diferentemente da teoria clássica, a teoria finalista aponta ser o fato típico intrinsecamente ligado ao dolo ou culpa.

Esta teoria apresenta dois tipos de raciocínios: os bipartidos e os tripartidos. Os bipartidos consideram ser necessários para a aplicação da lei penal somente os aspectos: fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade desnecessária; enquanto os tripartidos consideram necessários os três aspectos.

3. Outras Teorias

Ainda existe a Teoria Social da Ação, porém esta não é aplicável no Brasil. Este considera o crime como sendo um comportamento voluntário dirigido a uma finalidade socialmente reprovável.

4. Fato Típico

Como dito anteriormente, o fato típico é caracterizado por alguns elementos, sendo eles: conduta, resultado, nexa causal e tipicidade.

4.1. Conduta

Definição. Conduta é, segundo a teoria do crime, ação ou omissão humana consciente e voluntária e dirigida a uma finalidade. Em outras palavras, conduta é o modo pelo qual o indivíduo exterioriza suas vontades.

Sendo a conduta ação ou omissão, na nossa Legislação, apresenta-se os seguintes crimes: crime comissivo e crime omissivo.

Crime comissivo. São os crimes realizados, de maneira voluntária e consciente, por meio de ações. Por exemplo o crime de homicídio previsto do artigo 121 CP.

Crime omissivo. Esta classificação de crime é dividida em duas partes: os crimes omissivos próprios e os crimes omissivos impróprios.

1) Crime omissivo próprio:

Caracterizam omissões próprias os crimes em que o indivíduo não age conforme lhe é imposto genericamente pelo Estado, ou seja, diante de algum acontecimento específico, espera-se que o indivíduo aja de determinada maneira, sendo a omissão dessa ação um crime. Por exemplo, caso uma pessoa sofra um acidente e outra, próxima ao acontecido, ignore e não chame o socorro, estará cometendo um crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135 CP.

2) Crime omissivo impróprio:

São crimes omissivos impróprios as omissões realizadas por determinado indivíduo, mesmo tendo por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, assumido o compromisso de evitar o resultado da ação e, mediante comportamento

anterior, criado a situação de perigo. Como exemplo, podemos citar a situação de um policial militar em horário de expediente que, mesmo presenciando um crime, não o impede.

Ausência de conduta. Este tópico prevê os casos em que, mesmo o ato sendo antijurídico, não há caracterização de crime, por falta de conduta. São eles: inconsciência, coação física irresistível e ato reflexo.

1) Inconsciência:

Não é caracterizado como crime os atos criminosos praticados enquanto o indivíduo encontra-se inconsciente. Podemos citar como exemplo o sonambulismo e a hipnose.

2) Coação física irresistível:

Não se caracteriza crime fatos em que o autor do mesmo foi, de maneira literal, levado a cometer um crime por intermédio de outra pessoa ou, da mesma forma, ordenado. Nestes casos o autor do crime não responde, mas sim o autor da coação.

3) Ato reflexo:

Não são considerados crimes as ações criminosas cometidas pelo ato reflexo, ou seja, caso um indivíduo, por meio do ato reflexo agrida outra pessoa, não será considerado crime.

4.2. Resultado

Definição. Resultado é qualquer modificação no mundo exterior provocada pelo comportamento humano. Em outras palavras, é o efeito natural de uma ação típica, por este motivo, chamada de resultado naturalístico.

Quanto ao resultado, classificam-se os crimes em três categorias: Crime material, crime formal e crime de mera conduta.

Crime material. São ações previstas em leis que descrevem condutas que somente serão consumadas após o resultado da ação primeira, ou seja, além da conduta, é necessário a consumação do resultado da mesma para que se caracterize o crime previsto na lei. Por exemplo, o crime de furto ou homicídio.

Crime formal. São ações previstas por lei em que se apresenta a conduta e o resultado, porém somente é necessário a conduta para a consumação do crime. Neste caso, caso haja a consumação do resultado, aumenta-se a pena referida, sendo o crime considerado como “exaurido”, ou seja, mesmo o crime consumado, há a confirmação do resultado da conduta. Este tipo de crime é conhecido, também, como “crime de consumação antecipada”. São exemplos deste tipo de crime a extorsão mediante sequestro, prevista no artigo 159, CP e a injúria, prevista no artigo 140, CP.

Crime de mera conduta. São crimes em que a própria conduta caracteriza crime, ou seja, não há resultado. Pode ser dado como exemplo o crime de invasão domiciliar, previsto no artigo 150 CP, bem como o porte ilegal de armas, previsto nos artigos 14 e 16, lei 10826/03 (Estatuto do Desarmamento).

4.3. Nexo Causal

Legislação. Afirma o art. 13 do Código Penal:

Art. 13 do Código Penal. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Superveniência de causa independente (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Relevância da omissão (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Definição. Nexo causal é o artifício formador do elo entre a conduta e o resultado. Por este motivo é melhor visualizado em crimes materiais, uma vez que o mesmo caracteriza crimes em que é necessário a existência da conduta, bem como do resultado para que haja a confirmação do ato típico.

Quando ao Nexo Causal, existem três teorias que se debruçam sobre este elemento criminal: Teoria da Causalidade Adequada, Teoria da Relevância e Teoria da *conditio sine qua non*.

Teoria da causalidade adequada. Esta teoria, fundamentada pelo pensador Johannes von Kries, afirma ser a causa uma condição necessária para a produção de um fato. Nesta teoria, causa é a condição idônea, ou seja, adequada para a produção de determinado evento.

Deve-se considerar a exclusão de fatos fortuitos, excepcionais ou anormais. Por exemplo um incêndio iniciado devido a uma lareira acesa, porém projetado o fogo por meio do vento. Neste caso o acender da lareira não caracteriza a causa do incêndio, mas sim o vento, retirando a culpabilidade do ente.

Teoria da relevância. Esta teoria afirma ser a causa apenas aquilo que se mostre relevante para a consumação do resultado. Portanto, segundo Luis Greco, será irrelevante tudo aquilo que for imprevisível para o homem prudente, situado no momento da prática da ação.

Por exemplo, uma senhora que despeja a água de um balde em um açude cujas águas são guarnecidas por uma represa. Após despejar a água do balde no mesmo, rompe-se a represa. Não se espera que mediante a quantidade de água que um balde pode armazenar, rompa-se uma estrutura deste porte. Este fato faz com que o ato da senhora não seja, de fato, a causa do rompimento.

Teoria da *conditio sine qua non*. A tradução do nome seria “condição sem a qual a coisa não ocorreria”, tradução esta que caracteriza o significado de causa para esta corrente. Também conhecida como Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais.

É esta a teoria adotada pela Legislação Brasileira, porém a mesma comete um equívoco.

Entende-se que o texto de lei cometeu um pequeno erro ao não especificar o resultado da conduta. O texto de lei diz o seguinte:

Art. 13 do Código Penal. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O texto de lei deveria ter sido redigido da seguinte forma: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, do modo como ocorreu”, pois da maneira como é apresentado, não se faz clara a teoria demonstrada.

Procedimento hipotético de eliminação. Outro equívoco da lei, esta auxiliada pelo Procedimento Hipotético de Eliminação de Johan Thyrén, é a possibilidade de uma interpretação de ações ad infinitum. Por exemplo, um indivíduo comete um crime; segundo um possível entendimento, dá-se como causa as relações afetivas realizadas ad infinitum pelos ascendentes do criminoso.

Este procedimento acaba com esta interpretação, estabelecendo que as causas do crime retroagem apenas até onde há dolo e culpa. Cria-se um mapa mental sobre os acontecimentos que levaram à conclusão do crime, eliminando os atos irrelevantes em relação ao resultado, ou seja, mantêm-se os atos que, caso retirados, suprimir-se-ia o delito. Por exemplo, imagine um homicídio. O autor do crime adquire uma arma mediante um empréstimo (tendo o realizador do empréstimo consciência da finalidade da aquisição), adquire munição com outro indivíduo (tendo este, também, consciência da finalidade), obtém um carro, para no banco, sacando uma certa quantia e rumo à consolidação do crime. Se fizermos uma análise de todos os elementos que antecederam o crime, ou seja, o adquirir da arma, munição, veículo,

dinheiro e o ato, de fato, notar-se-á a irrelevância do saque efetuado, sendo este elemento, portanto, descartado das causas do resultado do crime.

Concausa. Concausas são condutas concorrentes às causas do crime ou tentativa do mesmo que se juntam, produzindo o resultado.

Existem dois tipos de concausa: absolutamente independente e relativamente independente.

1) Absolutamente independente:

As concausas absolutamente independentes são caracterizadas por condutas que não são causas do resultado, ou seja, não influenciaram ao resultado observado, apesar da intenção, ou melhor, o resultado ocorre independentemente da conduta.

Nesta categoria, encontramos três tipos de concausas absolutamente independentes: preexistentes, concomitante e superveniente.

O primeiro caso, a concausa absolutamente independente preexistente, é caracterizado quando um evento anterior à conduta torna a mesma independente. Por exemplo, imaginemos que ocorra uma tentativa de homicídio. Um indivíduo tenta matar o outro com golpes de faca, tendo o primeiro indivíduo desferido um golpe certo no braço do segundo indivíduo. Após este acontecimento o indivíduo atingido morre, porém quando se realiza a autópsia, nota-se que a causa real da morte teria sido um envenenamento ocorrido minutos antes do golpe certo, ou seja, a real causa da morte do indivíduo foi realizada por um terceiro indivíduo. Neste caso, o indivíduo que desferiu o golpe será indiciado por tentativa de homicídio, enquanto quem realmente responderá por homicídio é o ente que envenenou o falecido.

A segunda hipótese, concausa absolutamente independente concomitante, dá-se quando um evento ocorrido simultaneamente a uma conduta a torna independente. Por exemplo, imagine que um indivíduo, motivado a assassinar um segundo indivíduo, envenene uma bebida, de modo a fazer com que este a beba. Imagine que no exato momento em que o indivíduo esteja bebendo o líquido envenenado, surja uma terceira pessoa que dispara contra este mesmo indivíduo, matando-o, ou seja, ocorrem no mesmo momento o envenenamento e a morte pelos disparos, porém como o veneno não surtira efeito, mostra-se como causa da morte os disparos. Portanto uma segunda ação (disparos) ocorrida ao mesmo tempo da primeira (envenenamento) anula o resultado. Neste caso, da mesma forma que a situação anterior, o primeiro indivíduo (envenenador) é acusado por tentativa de homicídio, enquanto o terceiro (atirador) é acusado por homicídio doloso.

A terceira ocasião mencionada é a concausa absolutamente independente superveniente. Esta caracteriza-se quando um evento posterior torna uma conduta anterior independente. Por exemplo, imagine que, diferentemente do segundo caso, o primeiro indivíduo consiga fazer com que o segundo termine de beber a bebida com veneno. Após este ocorrido ambos se afastam, porém um terceiro indivíduo,

com o mesmo objetivo, notando a ausência de testemunhas, atira contra o segundo indivíduo um objeto extremamente pesado, acertando uma região vital deste, resultando na morte do mesmo. Nota-se que a segunda conduta ocorre após a primeira, sendo a segunda a causa da morte do segundo indivíduo. Igualmente, o primeiro indivíduo responderá por tentativa de homicídio, caso se descubra o envenenamento, enquanto o terceiro responderá por homicídio doloso.

2) Relativamente independente:

Caracterizam-se concausas relativamente independentes as condutas que somadas geram a causa do resultado. Da mesma forma que o item anterior, este se divide em: preexistente, concomitante e superveniente.

O primeiro caso, ou seja, a concausa relativamente independente preexistente, é caracterizado quando um evento anterior, somado a uma conduta, gera a causa do resultado. Por exemplo, imagine que um indivíduo, sob a posse de uma faca, disfer golpes em duas pessoas, ambas na região dos braços. Na primeira vítima, como o golpe foi superficial, nada ocorre, porém a segunda, apesar do golpe desferido ser de semelhante gravidade, morre, uma vez que sofre de hemofilia (doença em que o indivíduo, mediante hereditariedade ligada ao cromossomo X, apresenta problemas de coagulação sanguínea). Nesta situação, um evento anterior, no caso uma doença hereditária, somado à conduta, gerou a causa do resultado. Nestes fatos, o indivíduo será julgado sob o crime de homicídio.

O segundo caso, concausa relativamente independente concomitante, dá-se quando um evento, simultaneamente ocorrido a uma conduta, gera a causa de um resultado. Por exemplo, encontram-se em lados opostos de uma avenida um meliante e uma senhora. Notando a aproximação do canteiro central por parte da senhora, o meliante direciona-se para o mesmo local com o objetivo de cometer um assalto. Observando a situação e percebendo que o meliante estava armado, a senhora, retornando de onde partiu, corre em direção à calçada, neste momento o meliante dispara contra a senhora, porém, ao mesmo tempo, um caminhão vem de encontro a mesma, atropelando-a, de modo que a senhora vem a falecer no momento. Neste caso, o meliante responderá por homicídio, enquanto o motorista do caminhão só terá culpa sobre o fato, caso estiver infringindo as leis de trânsito.

O terceiro, concausa relativamente independente superveniente, ocorre quando um evento posterior, juntamente a uma conduta anterior, causa um determinado resultado. Este caso é previsto no artigo 13, § 1º, CP, tendo como pretexto a exclusão da primeira conduta como causa do resultado. Por exemplo, imagine que uma pessoa é atingida por disparos, sendo dirigida por uma ambulância a um hospital, porém no caminho a ambulância bate por imprudência do motorista, causando a morte do paciente. A causa da morte do paciente, portanto, é tida como a imprudência do motorista que responderá por homicídio culposo, enquanto o indivíduo que efetuou os disparos não responderá pelo homicídio.

4.4. Tipicidade

A tipicidade é dividida em dois tipos: tipicidade formal e tipicidade material.

Tipicidade formal. É o ato de adequar o fato à norma, ou seja, o enquadramento de determinada conduta na lei.

Tipicidade material. Toda ação que produz lesão a qualquer bem jurídico alheio.

Tipicidade conglobante. Cabe salientar um terceiro tipo de tipicidade. A tipicidade conglobante. Este pensamento, defendido pelo Argentino Eugênio Raúl Zaffaroni, é caracterizado pela junção da tipicidade formal e da tipicidade conglobante.

Tipicidade Conglobante se dá pela junção do quesito antinormativo e da tipicidade material. A antinormatividade se dá pela ação do Estado em não permitir, não tolerar e não incentivar determinada conduta, ou seja, caso uma determinada ação não seja repudiada pelo Estado, não se deve considerar como sendo criminosa, por exemplo, o homicídio sob legítima defesa.

5. Classificação Doutrinária dos Crimes

5.1. Quanto à Qualidade do Sujeito Ativo

Quanto a qualidade do sujeito ativo, ou seja, do agente, tem-se três classificações: comum, própria e de mão própria.

Comum. São crimes cuja ação pode ser efetuada por qualquer pessoa, como por exemplo o homicídio e o estupro.

Próprio. São crimes que só podem ser cometidos por uma categoria de pessoas, como por exemplo os crimes contra a administração pública, uma vez que só podem ser cometidos por funcionários públicos. São previstos pelos artigos 312 ao 327, CP; os crimes funcionais; crime previsto pelo artigo 269, CP, cujo texto diz ser criminoso todo o médico que deixar de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória; abandono intelectual, previsto nos artigos 246 e 247, CP etc.

De mão própria. São crimes cuja conduta recai sobre a pessoa, ou seja, somente uma pessoa, em determinada situação, poderia cometer tal crime. Por exemplo, o falso testemunho, previsto no artigo 346, CP. Nestes casos não há coautoria, uma vez que o crime só é praticado por pessoa específica.

5.2. Quanto ao Resultado Normativo

Crimes em que se considera o resultado.

Dano. São ações que para se constituírem crime devem causar uma efetiva lesão a um bem jurídico. Por exemplo, o homicídio que tem como objetivo causar dano à vida humana.

Lesão. São ações consideradas crime por exporem determinado bem jurídico à situação de perigo. Por exemplo, a exposição de perigo à vida, previsto no artigo 132, CP; perigo de contágio venéreo, previsto no artigo 130, CP; dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano, como diz o artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9503/97).

Estes crimes são divididos em duas categorias: concreto e abstrato.

1) Concreto:

São ações consideradas crime por exporem determinado bem jurídico à situação de perigo. Por exemplo, a exposição de perigo à vida, previsto no artigo 132, CP; perigo de contágio venéreo, previsto no artigo 130, CP; dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano, como diz o artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9503/97).

Estes crimes são divididos em duas categorias: concreto e abstrato.

2) Abstrato:

São ações consideradas crime por exporem determinado bem jurídico à situação de perigo. Por exemplo, a exposição de perigo à vida, previsto no artigo 132, CP; perigo de contágio venéreo, previsto no artigo 130, CP; dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano, como diz o artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9503/97).

Estes crimes são divididos em duas categorias: concreto e abstrato.

5.3. Quanto ao Momento Consumativo

Analisa-se a consumação do crime. Divide-se em: instantâneo, permanente e instituto de efeito permanente.

Instantâneo. São ações consideradas crime por exporem determinado bem jurídico à situação de perigo. Por exemplo, a exposição de perigo à vida, previsto no artigo 132, CP; perigo de contágio venéreo, previsto no artigo 130, CP; dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano, como diz o artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9503/97).

Estes crimes são divididos em duas categorias: concreto e abstrato.

Permanente. São crimes em que a consumação se prolonga, sendo esta prolongação gerada pelo próprio agente do crime. Como o sequestro – a cada dia que há privação de liberdade há a contagem do crime; ter em depósito produtos ilícitos (drogas), sendo estes casos regulamentados pelo artigo 303, CPP.

Art. 303 do Código de Processo Penal. Nas infrações permanente, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Instituto de efeito permanente. São crimes cuja consumação se dá em um instante, porém as consequências jurídicas prevalecem por períodos mais duradouros. Como o crime de bigamia, previsto no artigo 235, CP.

5.4. Crime Vago

Tem como sujeito passivo, ou seja, indivíduo no qual a ação será consumada, uma entidade destituída de personalidade jurídica. Como o crime de violação de sepultura; este fere a todos pelo respeito aos entes falecidos.

5.5. Crime Habitual

Como já dito anteriormente no tópico 4.1, são crimes cuja conduta se torna habitual, ou seja, frequente, corriqueira. São exemplo deste tipo de crime o charlatanismo (art. 283, CP) e o curandeirismo (art. 284, CP).

Charlatanismo

Art. 283 do Código Penal. Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Curandeirismo

Art. 284 do Código Penal. Exercer o curandeirismo:

I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

Capítulo 4 – Conflito Aparente de Normas

Este tópico intervém sobre as normas cujos textos entram em conflito em determinada situação. Para o esclarecimento do uso correto da lei têm-se quatro princípios, sendo eles: Princípio da Especialidade, Princípio da Subsidiariedade, Princípio da Consumação ou Absorção e Princípio da Alteridade.

1. Princípio da Especialidade

Este princípio diz que a lei especial derrogará a lei geral, em latim: *lex specialis derogat generali*. Por exemplo, imagine que um sujeito, tendo como passageiro em sua moto um segundo indivíduo, atinja a velocidade de 300 Km/h em uma rodovia. Perdendo o controle da moto, choca-se contra outro veículo, causando a morte do passageiro. Neste caso cabe a visualização de dois artigos: o artigo 302, CTB (Código de Trânsito Brasileiro) e o artigo 121, § 3º, CP. O primeiro prevê a prática do homicídio culposo na direção de veículo automotor, enquanto o segundo prevê, apenas, o ato de homicídio culposo. Nota-se que as duas leis preveem a conduta do sujeito, porém como diz o Princípio da Especialidade, por tratar-se de uma lei especial, ou seja, específica, neste caso, aplicar-se-á o artigo 302, CTB.

Outro exemplo é a mãe cometer homicídio ao matar seu filho recém-nascido. Da mesma forma, vê-se duas situações: o artigo 121, CP, que prevê o homicídio, e o artigo 123, CP, que prevê o infanticídio. Bem como a situação anterior, por caracterizar lei especial, tem-se como aplicação mais adequada o artigo 123, CP.

Cabe salientar que a lei caracterizará título especial, uma vez que compreender todos os elementos da lei geral, além de outras, sendo estas de natureza objetiva ou subjetiva, considerados especializantes.

2. Princípio da Subsidiariedade

Segundo Nelson Hungria, lei subsidiária é como um “soldado de reserva”, ou seja, na ausência ou impossibilidade da aplicação da norma penal mais grave, aplica-se a norma menos grave. Por exemplo, utilizando o exemplo anterior, um indivíduo que carrega consigo um passageiro e anda a 300 Km/h comete crime de exposição da vida ao perigo, prevista no artigo 132, CP. Caso ocorra um acidente e, concomitante, a morte do passageiro, releva-se, também, o artigo 302, CTB (vide tópico anterior). Nota-se que pelo artigo 302, CTB tratar de um crime mais grave o mesmo é aplicado. Somente aplicar-se-ia o artigo 132, CP, caso não houvesse o acidente seguido de morte.

Outro exemplo são leis cujo próprio texto aponta o caráter subsidiário. O artigo 238, CP prevê:

Art. 283 do Código Penal. Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento:

Pena – detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Ou seja, o próprio texto da lei expressa: “... se o fato não constitui crime mais grave.”.

Outra situação em que se especifica no próprio texto da lei é o artigo 314, CP cujo texto mostra:

Art. 314 do Código Penal. Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Neste caso, como exemplo, podem ser citados os artigos referentes aos crimes falimentares. Estes podem caracterizar um crime geral mais grave deste exemplo. Estes tipos de crimes encontram-se nos artigos 168 a 178 da lei 11101/05 (Lei de Falências).

3. Princípio da Consumação ou Absorção

O Princípio da Consumação ou Absorção ocorre quando uma determinada ação prevista por lei incriminadora é um dos meios ou fase de preparação ou execução para que se consuma uma segunda conduta, também prevista na norma, bem como ações praticadas antes ou depois da conduta criminosa.

Por exemplo, no crime de homicídio estão incorporados a lesão corporal, bem como, segundo determinado caso, o porte de armas, sendo ambos absolvidos na acusação do crime (somente responderá por porte de arma, caso o porte seja provado anteriormente ao crime, sendo este realizado de maneira ostensiva).

Cabe mencionar a Súmula de nº 17 do Superior Tribunal de Justiça (Súm. 17/STJ) cujo texto diz: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”. Tomemos como exemplo a clonagem de cartões de crédito previsto no artigo 298, CP. Imagine que um indivíduo vá a uma boate e gaste certa quantia, pagando-a com um cartão clonado. Anteriormente à Súmula, aplicar-se-ia ao criminoso os artigos 171, CP (estelionato – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.) e 298, CP, porém, a partir da Súm. 17/STJ, não mais aplicar-se-á o segundo artigo, pois, segundo o texto do STJ, sendo o falso exaurido no estelionato, é, por este, absorvido, ou seja, o crime de estelionato invalida ou incorpora o crime de falsificação de documento particular.

Quanto aos atos ocorridos após a conduta, imaginemos que um indivíduo cometa o furto de um carro e algum tempo depois o vende. Este indivíduo será

indiciado pelo crime de furto, porém não será levado em consideração a venda, pois caracteriza ação posterior à conduta.

Convém salientarmos a nomeação de tais ações, sendo as anteriores chamadas ante factum e o posterior à conduta post factum.

4. Princípio da Alternatividade

Este princípio caracteriza-se pelos crimes cujo texto de lei é expresso em mais de um verbo. Por exemplo, o artigo 33, lei 11343/06 (Lei antidrogas), expressado por 18 modalidades, é escrito da seguinte maneira:

Art. 33 da Lei Antidrogas. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multas.

Caso um indivíduo seja enquadrado pelo fato de importar e exportar drogas, caberá ao juiz decidir por qual verbo o mesmo será condenado, sendo a decisão, portanto, alternativa, ou seja, podendo-se escolher qualquer uma das duas condutas.

Outro exemplo é o artigo 213, CP cujo texto apresenta duas modalidades:

Art. 213 do Código Penal. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a *ter conjunção carnal* ou a praticar ou permitir que com ele se *pratique outro ato libidinoso*: (Redação dada pela Lei nº 12.015, 2009)

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Mas um exemplo é o artigo 122 do Código Penal, cujo texto retifica três modalidades:

Art. 122 do Código Penal. *Induzir* ou *instigar* alguém a suicidar-se ou *prestar-lhe auxílio* para que o faça:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

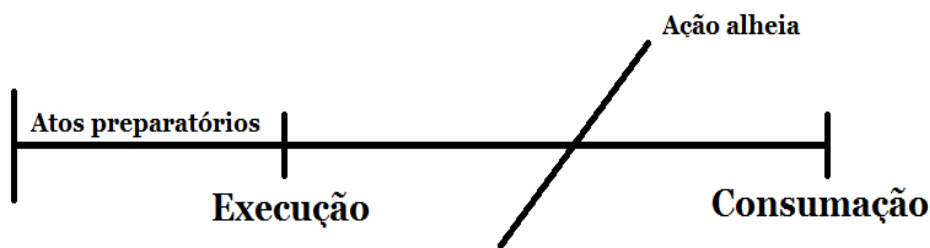
Capítulo 5 – Tentativa

1. Conceito

A tentativa se dá quando um indivíduo, já iniciado o ato da execução da conduta, é impedido por circunstâncias alheias à sua vontade.

2. *Iter criminis* (Caminho do Crime)

Como caminho do crime, identificamos quatro partes, sendo elas: a cogitação do crime, a preparação, a execução e a consumação.



Afirma o art. 31 do Código Penal:

Art. 31 do Código Penal. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Ou seja, os atos preparatórios não são puníveis, a menos que se consuma a tentativa, porém há exceções, como o artigo 288, CP (Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes – formação de quadrilha).

3. Teorias

Quanto as teorias da tentativa, tem-se três: teoria subjetiva, teoria objetiva e teoria da hostilidade do bem jurídico.

Teoria subjetiva. Dá-se quando o indivíduo expressamente indica e exterioriza a conduta no sentido de praticar a ação, ou seja, quando um indivíduo apresenta claros indícios, sejam eles expressos ou ações preparatórias, para a consumação de uma ação delituosa.

Teoria objetiva. Esta teoria se divide em duas categorias, sendo elas: formal e material. Por exemplo, um indivíduo, esperando um segundo ente passar em determinado local, permanece em posição para que efetue disparos contra este. Mesmo o segundo indivíduo não passando, o primeiro indivíduo comete crime de tentativa de homicídio.

1) Teoria objetiva formal:

Somente é crime objetivo formal as condutas cuja execução já foi iniciada, sendo estas descritas no núcleo do tipo penal, porém, por ser tentadas, não consumadas. Por exemplo, o mesmo indivíduo da situação acima tem a felicidade do segundo indivíduo, assim como planejara, transitar no local de espera. Efetua-se os disparos, porém o criminoso é impedido de consumir a ação por terceiros.

2) Teoria objetiva material:

Basta que ocorra somente a ameaça ao bem jurídico tutelado para que se caracteriza tentativa. Por exemplo, utilizando a mesma situação. Imagine que o indivíduo armado apenas aponte a arma para o segundo indivíduo sem que haja nenhum disparo. Para esta teoria, o simples fato de ameaça ao bem jurídico tutelado caracteriza crime.

Teoria da hostilidade do bem jurídico. Para esta teoria, deveríamos indagar se realmente houve ou não uma concreta agressão ao bem jurídico tutelado, ou seja, apenas é crime a partir do momento que o bem jurídico passa a ser ameaçado.

4. Espécies de Tentativa

São seis as espécies de tentativa: tentativa perfeita e imperfeita, tentativa cruenta, tentativa branca ou incruenta, tentativa idônea e tentativa inidônea.

Tentativa perfeita. São aquelas tentativas em que se efetuam todos os atos de execução, porém a conduta não é consumada como planejada. Esta classificação pode ser considerada um sinônimo de crime falho.

Tentativa imperfeita. São aquelas tentativas em que não se efetuam todos os atos de execução, sendo a tentativa, portanto, inacabada.

Tentativa cruenta. Conhecida também como tentativa de sangue, dá-se pela tentativa que atinge o bem jurídico tutelado. Por exemplo, um indivíduo, tentando matar um segundo indivíduo, dispara contra o mesmo, acertando-lhe o braço. Nesta ocasião não ocorrerá a consumação da tentativa, porém o bem jurídico foi atingido na forma de lesão corporal.

Tentativa branca ou incruenta. Tentativa em que o bem jurídico não é atingido. Utilizando o mesmo exemplo, caso o atirador não acertasse nenhum dos disparos, caracterizaria uma tentativa, porém o bem jurídico, no caso a integridade do segundo indivíduo, não foi atingido.

Tentativa idônea. Esta teoria afirma que, apesar de o agente possuir todos os meios pelos quais dar-se-á a consumação planejada, por ação alheia a estas, não se consuma o crime.

Tentativa inidônea. Conhecido também como crime falho ou crime impossível. Dá-se quando não há elementos para que se conclua o crime, ou seja, o

agente jamais alcançará o resultado. Por exemplo, não se pode cometer aborto não estando grávida.

5. Crimes que Não Admitem Tentativa

Não admitem tentativa os crimes habituais, como os previstos nos artigos 283 e 284, CP, os crimes culposos, visto que não há possibilidade de o agente tentar a culpa (ato causado por negligência, imperícia e imprudência) e os crimes omissivos próprios, uma vez que esse crime se caracteriza por elemento cuja ação não pode ser tentada.

6. Punibilidade da Tentativa

Para se aplicar a pena em crimes tentados, leva-se em consideração a pena do crime consumado. A teoria que explica a contagem da pena encontra-se no artigo 14º, parágrafo único, CP, cujo texto expressa:

Art. 14, parágrafo único, do Código Penal. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Ou seja, aplicar-se-á de um a dois terços da pena do crime consumado, sendo a aplicação correspondente à proximidade com o resultado do ato delituoso concreto.

Porém nem todos os crimes tentados seguem esta regra. Há exceções, como o crime de evasão, previsto no artigo 352, CP, cujo texto afirma:

Evadir mediante violência contra a pessoa

Art. 352 do Código Penal. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa:

Pena – detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

Neste caso a pena da tentativa é semelhante ao crime consumado.

Outra exceção quanto a esta regra, é o crime prevista no artigo 309, lei 4737/65 (Código Eleitoral), em cujo texto se encontra:

Art. 309 do Código Eleitoral. Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem:

Pena – reclusão de até três anos.

7. Tentativa e Dolo Eventual

É o conteúdo do art. 14 do Código Penal:

Art. 14 do Código Penal. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime consumado (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Tentativa

II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Pena de tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Iniciemos entendendo o conceito de dolo eventual. Dolo eventual, sendo uma modalidade do quesito culpa, dá-se quando um indivíduo, sabendo da possibilidade de sua ação, sendo esta criminosa, não a cessa, ou seja, o indivíduo pratica uma ação, mesmo sabendo que esta pode causar dano a um bem jurídico e, tendo esta consciência, não hesita.

Segundo Rogério Greco:

A própria definição legal do conceito de tentativa nos impede de reconhecê-la nos casos em que o agente atua com dolo eventual. Quando o Código Penal, em seu art. 14, II, diz ser o crime tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, nos está a induzir, mediante a palavra vontade, que a tentativa somente será admissível quando a conduta do agente for finalística e diretamente dirigida à produção de um resultado, e não nas hipóteses em que somente assumo o risco de produzi-lo, nos termos propostos pela teoria do assentimento.

Nota-se uma negação da utilização de dolo eventual quanto a tentativa.

Porém, analisando-se a visão de Flávio Augusto Monteiro de Barros, tem-se:

Admite-se também a tentativa constituída de dolo eventual, quando o agente realiza a conduta assumindo o risco da consumação do crime, que não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. Desde que o nosso Código equiparou o dolo direto e o dolo eventual é incontroverso esse raciocínio.

Nota-se, portanto, que há uma controversa quanto à aplicação de dolo eventual na tentativa. O que ocorre é o estabelecimento de alguns casos específicos em que se concretizou a aplicação de tal elemento, como a prática do racha, por exemplo.

Capítulo 6 – Desistência Voluntária, Arrependimento Eficaz e Arrependimento Posterior

Afirma o art. 15 do Código Penal:

Desistência voluntária e arrependimento eficaz

Art. 15 do Código Penal. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados. (Redação dada pela Lei n] 7.209, de 11.7.1984)

1. Desistência Voluntária

Desistência voluntária, também conhecida como tentativa abandonada, dá-se quando o indivíduo, ainda no caminho do crime, ou seja, no iter criminis, desiste de prosseguir com o ato delituoso voluntariamente, podendo ser esta decisão espontânea ou não.

Por exemplo, um indivíduo, tendo preparado todos os elementos para o cometimento de um homicídio, como a posse de um carro de fuga e a aquisição de arma de fogo, desiste do crime voluntariamente, neste caso de maneira espontânea, ou seja, por si só. Para constituir a maneira não espontânea, porém voluntária, o não cometimento do crime, apesar de ter sido esta decisão tomada pelo agente, é influenciada por um terceiro, ou seja, uma terceira pessoa convence o agente de desistir do crime, ainda que a sua prática pudesse ser progredida ao crime consumado.

Um método utilizado para diferenciar as tentativas e as desistências é a chamada: Fórmula de Frank. Esta define-se por, através de afirmações, identificar e diferenciar um elemento do outro. Por exemplo, para se identificar as desistências, basta que a conduta se encaixe na seguinte afirmação: “posso prosseguir, porém não quero”; enquanto que as tentativas se encaixam nesta afirmação: “quero prosseguir, porém não posso”.

2. Arrependimento Eficaz

Arrependimento eficaz é caracterizado por duas ações sequenciais. A primeira ação é a denominada prática do crime, sendo a segunda ação caracterizada pela tentativa da anulação do ato anterior. Por exemplo, imagine que um indivíduo, na tentativa de matar um segundo indivíduo, faça-o ingerir substância tóxica, sem que o mesmo perceba, porém, arrependendo-se do crime, antes que o veneno surte

alguma consequência, o agente, tendo conhecimento dos efeitos da substância e, portanto, do seu antídoto, reverte estes, impedindo a consumação da prática.

3. Arrependimento Posterior

Arrependimento posterior

Art. 16 do Código Penal. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como refere-se o instituto, é quando o agente, de maneira posterior à consumação do crime, arrepende-se da conduta. Não apenas esta condição, mas também é necessário que o agente, de maneira voluntária, tenha reparado o dano ou restituído a perda anteriormente à denúncia ou queixa-crime⁶. Este instituto é aplicado em crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa vitimada, sendo utilizado como causa obrigatória para a diminuição da pena prevista.

Reparação do dano ou restituição do bem. A reparação do dano ou restituição do bem podem ser feitos tanto pelo agente, como por um terceiro, porém, para que a reparação seja feita com sucesso, é necessário que mesma se realize de maneira integral ao dano sofrido, ou seja, deve-se reestabelecer à exata proporção do dano.

Exceção – estelionato. Afirma a Súmula nº 554 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 554 do Supremo Tribunal Federal. O pagamento de cheque emitido sem previsão de fundos, após recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

Ou seja, o pagamento de cheque sem fundo antes da realização da denúncia ou queixa-crime confere a extinção da punibilidade do crime de estelionato (art. 171, § 2º, VI, CP), visto que se anula o prejuízo.

Diminuição da pena. Afirma o art. 65, III, b, do Código Penal:

Art. 65 do Código Penal. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

III – ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano.

⁶ **Denúncia.** Caracteriza-se pelo âmbito público, sendo esta realizada pelo Ministério Público.

Queixa-crime. Caracteriza-se pelo âmbito privado, podendo ser iniciada por inquérito policial, CPI etc., podendo o juiz aceitar (cabendo, nesta situação, *habeas corpus* – podendo ser aplicado o arrependimento posterior até esta etapa) ou não (cabendo, nesta situação, recurso em sentido estrito).

Caso o ente tenha restituído a coisa ou reparado o dano anteriormente à denúncia ou queixa-crime, há uma redução de $\frac{1}{3}$ a $\frac{2}{3}$ da pena, porém, em via de regra, o réu terá direito a uma redução de até $\frac{1}{6}$ da pena, uma vez restituído a coisa ou reparado o dano após o recebimento da denúncia ou queixa-crime, porém há casos em que o juiz pode reduzir mais a pena.

Capítulo 7 – Crime Impossível

Afirma o art. 17 do Código Penal:

Crime impossível

Art. 17 do Código Penal. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Conceito. Crime Impossível, já visto como tentativa inidônea ou crime falho, dá-se quando o indivíduo pratica uma conduta, porém a mesma não se consuma devido a uma ineficácia absoluta do meio ou pela impropriedade absoluta do objeto.

Ineficácia absoluta do meio. Iniciemos definindo o que é meio. Meio: é tudo aquilo utilizado pelo agente que seja capaz de auxiliá-lo na execução do crime e, conseqüentemente, na obtenção de um resultado, ou seja, uma arma de fogo, uma arma branca, veneno etc.

Para que o meio seja absolutamente ineficaz, é necessário que o mesmo não apresente nenhum potencial para produzir o resultado esperado. Por exemplo, caso um indivíduo tente envenenar outro, porém ao invés de veneno dilua açúcar em uma bebida – esta combinação não causará mal à “vítima” (cabe ressaltar que para insulino-diabéticos o açúcar pode se tornar um meio pelo qual se chegue a um resultado criminoso). Outro exemplo é a aplicação de líquido diluidor ao invés de cloreto de potássio na veia – o primeiro, ao ser injetado não causará mal à vítima, enquanto o segundo, caso fosse injetado, causaria a morte do ente.

Impropriedade absoluta do objeto. Objeto se dá por tudo aquilo contra a qual se dirige a conduta do agente, ou seja, a vítima ou alvo do resultado desejado.

Como exemplo de objeto absolutamente impróprio, podemos citar a realização de um aborto em uma mulher que não esteja grávida – não há como ocorrer tal evento, visto que para se caracterizar aborto é necessário a existência de um feto. Outro exemplo que pode ser citado é, por exemplo, se um indivíduo adentra uma residência com a intenção de matar um ente específico enquanto dorme, alveja-o, portanto, porém nota-se, após feito o exame necroscópico, que a morte do ente foi causada por um enfarte minutos antes, ou seja, tentou-se contra a vida de um cadáver – não podendo, novamente, ser realizada tal conduta.

Teorias. Tem-se três teorias, sendo elas:

1) Teoria sintomática:

Esta teoria diz que a punibilidade deve ser aplicada ao indivíduo, concomitante à periculosidade do mesmo, ou seja, o fato de um indivíduo mostrar-se com alto nível de periculosidade já é o suficiente para que o mesmo seja punido.

2) Teoria subjetiva:

Esta teoria diz que a punibilidade ocorre no momento em que o indivíduo demonstra a intenção de praticar ato delituoso.

3) Teoria objetiva:

Tem-se como definição o seguinte: não há a punição do agente, visto que não houve periculosidade. Esta teoria se divide em duas categorias, sendo elas: a Pura e a Temperada.

A primeira afirma que o crime impossível ocorre quando a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto forem relativas ou absolutas; enquanto a segunda, adotada pelo artigo 17, CP, diz ser crime impossível a situação em que a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto forem absolutas.

Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal. É o seu teor:

Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Ou seja, caso a polícia induza o criminoso a vender entorpecentes no chamado flagrante planejado – em que a polícia, disfarçando-se, recebe a droga do vendedor como um usuário – não há crime, mas sim crime impossível, visto que, se a polícia não tivesse induzido a venda, esta não teria ocorrido.

Neste caso, para ocorrer o flagrante, é necessário que o indivíduo seja enquadrado nos outros verbos relacionados à ilicitude deste ato, como “ter em depósito” – crime permanente.

Capítulo 8 – Crimes Dolosos e Culposos

1. Crime Doloso

Afirma o art. 18, I, do Código Penal:

Art. 18 do Código Penal. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Iniciemos o entendimento deste instituto através da definição de ação dolosa. Ação Dolosa é toda ação cuja efetuação é realizada, tendo-se, por parte do agente, clara noção do objetivo e resultado da ação, sendo a decisão do ato tomada voluntariamente, ou seja, por livre iniciativa. Especificando o dolo: Dolo = Consciência + Voluntariedade.

Segundo Fernando Capez, dolo “é a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta”.

Afirma o parágrafo único do artigo acima referido:

Art. 18, parágrafo único, do Código Penal. Salvo nos casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Teorias. Temos como teorias do crime doloso: a Teoria da Vontade, a Teoria da Representação e a Teoria do Assentimento.

1) Teoria da vontade:

A Teoria da Vontade afirma ser o dolo vontade livre e consciente de querer praticar o resultado, ou seja, aplica-se em ações cujo entendimento da conduta e resultado provocado pela mesma são satisfeitos, sendo esta efetuada.

Esta teoria coincide com a definição de dolo direito.

2) Teoria da representação:

Esta teoria afirma que o dolo é visualizado quando o agente pratica uma conduta, mesmo sabendo a possibilidade da ocorrência de determinado resultado criminoso.

Esta definição de dolo não é utilizada pelo Direito.

3) Teoria do assentimento:

O agente, mesmo sabendo a possibilidade da ocorrência de determinado resultado criminoso, continua a ação, assumindo o risco do mesmo.

Esta teoria coincide com a definição de dolo indireto.

4) Teoria da probabilidade:

Convém citarmos tal teoria criada por Cerezo Mir. Segundo este autor, se o sujeito tiver consciência e conhecimento da probabilidade de determinado resultado e, mesmo assim, prosseguir com a ação, tem-se dolo eventual.

Esta teoria não apresenta força e, por isso, não é citada na maioria dos livros penalistas.

Espécies de dolo. As espécies do dolo dividem-se em: Direto e Indireto.

1) Dolo direto:

Coincidindo sua definição com a Teoria da Vontade, dolo direto é quando a conduta se destina a certo e determinado resultado.

2) Dolo indireto:

O dolo indireto é representado em ações que não visam a certo e determinado resultado. Esta classificação se subdivide em: Alternativo e Eventual.

Dolo Indireto Alternativo se dá por ações cujo resultado, sendo este alternativo, é de conhecimento do agente, uma vez que a ação seja consciente. Por exemplo, um indivíduo dispare tiros contra um segundo indivíduo, tendo como objetivo matar ou simplesmente ferir este.

Dolo Indireto Eventual (Dolo Eventual, dá-se quando o agente, tendo consciência de um provável resultado típico, continua a ação, assumindo o risco da consumação do resultado. Por exemplo, o racha praticado em vias públicas – caso ocorra um homicídio mediante acidente de trânsito, o agente será indiciado por homicídio doloso na modalidade dolo eventual.

Cabe lembrarmos da discussão acerca do homicídio mediante acidente de trânsito, estando o agente embriagado. Por maioria, tal ação é considerada crime culposo.

3) Dolo de 1º grau:

Dá-se quando a ação dolosa é destinada a um resultado específico, sendo este objetivo e único. Por exemplo quando um agente pretende matar outra pessoa e, para isto, dispara contra esta.

4) Dolo de 2º grau:

Dá-se quando a ação dolosa produz, necessariamente, uma consequência interdependente à primeira ação. Por exemplo, com a intenção de matar um indivíduo, o agente derruba um avião. É evidente que haverá mais pessoas nessa aeronave que, com a queda, morrerão, também. A morte dos outros indivíduos em detrimento de um resultado maior (a morte do primeiro indivíduo) caracteriza-se como dolo de 2º grau.

5) Dolo genérico:

É quando a gente tem a vontade de concretizar a conduta punível, porém sem uma finalidade especial. Por exemplo um indivíduo que, com a intenção de matar ou, simplesmente, ferir outro indivíduo, dispara na sua direção. Um exemplo mais simples é o desejo de matar alguém, somente (art. 121, CP).

6) Dolo específico:

Dá-se quando o agente pratica uma conduta punível com a intenção de atingir um resultado específico. Por exemplo o crime previsto no art. 159, CP: extorsão mediante sequestro. Há o sequestro de um ente com o objetivo de estabelecer determinada quantia para o resgate do mesmo. São caracterizados por artigos cujo texto apresenta os termos “com o fim de”, “para o propósito de” etc.

7) Dolo de dano:

Dá-se quando o agente pratica uma ação intencionando ferir um bem jurídico tutelado.

8) Dolo de perigo:

Dá-se quando o agente tem a intenção de expor o bem jurídico tutelado a uma situação de perigo.

9) Dolo geral ou erro sucessivo:

Dá-se quando o agente, acreditando ter obtido o resultado desejado, pratica uma nova conduta para garantir a impunidade do primeiro ato. Por exemplo, o indivíduo A, com a intenção de matar o indivíduo B, agride-o, desferindo golpes com uma faca, de modo que o segundo, inconsciente, caia no chão. O indivíduo A, acreditando ter matado o indivíduo B, joga o corpo num rio, de modo que a localização do mesmo seja dificultada. Porém o corpo é achado e, na autópsia, tem-se como causa da morte asfixia por afogamento.

Convém destacarmos que Damásio apresenta uma interpretação diferente dos demais autores do Direito. Afirma que, nestes casos, há apenas uma tentativa de homicídio, pois no segundo ato não houve qualquer intenção de lesionar o segundo indivíduo, mas, sim, esconder o suposto cadáver (ocultação de cadáver – art. 211, CP).

2. Crime Culposo

Afirma o art. 18, II, do Código Penal:

Art. 18 do Código Penal. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

Crime culposo (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Entende-se por crime culposo toda ação em que o agente produz um ato ilícito, porém não apresenta vontade ou assume o risco de alcançar este resultado antijurídico. Produz agindo voluntariamente, sendo o resultado alcançado por imperícia, negligência ou imprudência do indivíduo causador do mesmo.

Elementos caracterizadores. São elementos caracterizadores do crime culposo: conduta, inobservância do dever jurídico de cuidado, resultado lesivo, previsibilidade e tipicidade.

1) Conduta:

Vide tópico 11.1 – “nullum criminem sine conduta”, ou seja, não há crime sem conduta. Dá-se por ação ou omissão que leva ao resultado determinado.

2) Inobservância do dever jurídico de cuidado:

A inobservância do dever jurídico de cuidado é caracterizada quando o agente é imperito, imprudente ou negligente. A Legislação afirma que todos temos o dever jurídico de cuidado, estando, sempre, alertas quanto a uma possível lesão ao bem jurídico alheio.

Imperícia é a falta de conhecimento técnico que impossibilita o indivíduo de exercer determinada atividade. Por exemplo quando um indivíduo que não possui CNH (Carteira Nacional de Habilitação) dirige um veículo automotor.

Imprudência se dá quando o agente, de maneira impulsiva e positiva, pratica uma conduta arriscada que requer um movimento corpóreo determinado. O resultado ocorre devido a uma ação precipitada do indivíduo. Por exemplo quando uma pessoa, não tendo o devido cuidado no manuseio de uma arma, dispara contra outro ente.

Negligência caracteriza-se pelo descuido, pela omissão da conduta correta, ou seja, uma conduta humana negativa. Por exemplo um indivíduo não faz a devida manutenção no seu carro, mantendo os pneus carecas e, por falta de aderência com o asfalto, causando um acidente.

3) Resultado lesivo:

Obrigatoriamente, para ser caracterizado crime culposos, é necessário que ocorra a lesão de um bem jurídico tutelado.

4) Previsibilidade:

É necessário que, de acordo com a conduta do indivíduo, seja esperada ou visualizada a possibilidade da ocorrência de tal resultado antijurídico ou da situação de perigo.

5) Tipicidade:

É necessário que a ação do indivíduo esteja prevista por lei.

6) Nexo causal:

Alguns autores citam a existência de um sexto elemento caracterizador: o Nexo Causal.

Vide tópico 11.3. Ligação entre a conduta voluntária e o resultado involuntário, não querido.

Concorrência de culpas. Por exemplo, dois indivíduos, ambos desrespeitando as regras de trânsito, envolvem-se em um acidente de trânsito, pois o primeiro não respeitou o sinal de “pare” e o segundo imprimia uma velocidade acima do permitido. Neste caso, cada indivíduo responderá pela ação que praticou, ou seja, o primeiro indivíduo responderá por não ter respeitado a placa de “pare”, enquanto o segundo responderá pelo excesso de velocidade.

Espécies de culpa. Há entre as espécies de culpa: culpa consciente e culpa inconsciente.

1) Culpa consciente:

O agente, não querendo o resultado, pratica determinada ação que julga, sinceramente, ser capaz de realizar. Segundo Assis Toledo, na culpa consciente o agente não quer o resultado, mas por erro ou excesso de confiança (imprudência) ou por não estar suficientemente preparado para um empreendimento cheio de riscos (imperícia) ou por não empregar a diligência necessária (negligência), fracassa e vem a ocasioná-lo.

2) Culpa inconsciente:

O indivíduo pratica determinada conduta cujo resultado antijurídico não é objetivamente previsível, ou seja, não se visualiza que pode haver a ocorrência de determinado resultado.

3. Agravação pelo Resultado

Afirma o art. 19 do Código Penal:

Agravação pelo resultado (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 19 do Código Penal. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O artigo 19, CP abrange os chamados crimes qualificados pelo resultado, ou seja, crimes cuja conduta básica tem tipicidade e, ademais, ocorre uma segunda conduta ou um resultado não intencionado os quais agravam a pena calculada.

Este artigo tem como finalidade acabar com a punibilidade dos eventos não caracterizados, pelo menos, pela culpa.

3.1. Crimes Qualificados pelo Resultado

Os crimes qualificados pelo resultado são quatro: preterdoloso, dolo + dolo, culpa + dolo e culpa + culpa.

Crime preterdoloso. Conhecido também como preterintencional, dá-se quando o ato realizado causa um dano maior do que o intencionado. Tem-se, portanto, dolo no antecedente, ou seja, na primeira ação, e culpa no consequente, ou melhor, no resultado atingido. Por exemplo, um indivíduo, por dolo e com esta intenção, causa lesão física em outro indivíduo, porém, tempo depois, por causa dessa lesão, o indivíduo ferido vem a óbito – este caso está previsto no art. 129, § 3º, CP. Outro exemplo que podemos dar é o pai que deixa dolosamente o filho dentro do carro, causando a morte do mesmo por asfixia ou insolação. Podemos, ainda, mencionar um caso de omissão, em que identificado um acidente, não se tem o pedido de socorro por este indivíduo, causando a morte de acidentado.

Art. 129 do Código Penal. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

Lesão corporal seguida de morte

§3º. Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

Crime de dolo + dolo. O agente, em todo o momento, possui o animus necandi, ou seja, a intenção de agir exatamente da maneira como agiu. Dá-se por situações caracterizadas por duas ações criminosas, sendo estas duas intencionadas e efetuadas, tendo o criminoso vontade em ambas. Por exemplo, um indivíduo causa lesões corporais graves em outro indivíduo, de modo que o mesmo perca a consciência, porém não satisfeito, mata o indivíduo desacordado. Nota-se que tanto

na lesão quanto no homicídio, o agente age intencionalmente. Outro exemplo que podemos dar é o chamado latrocínio, em que o agente rouba outro indivíduo e, na sequência, mata-o dolosamente. Esta ação está prevista no art. 157, § 3º, CP.

Art. 157 do Código Penal. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

[...]

§3º. Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

Crime de culpa + dolo. São ações caracterizadas por, primeiramente, um momento culposos e, em subsequência, um momento doloso. Por exemplo, um indivíduo atropela outro ente, causando lesão corporal culposa de trânsito e, ao invés de prestar socorro, foge, ou seja, omite o atendimento de forma dolosa, fazendo com que o indivíduo morra (homicídio culposos). Esta situação está prevista no art. 303, CTB (Código de Trânsito Brasileiro), estando seu agravador no art. 302, § 1º, III.

Art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro. Praticar homicídio culposos na direção de veículo automotor:

Pena – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor:

§1º. No homicídio culposos cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:

[...]

III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

[...]

Art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro. Praticar lesão corporal culposos na direção de veículo automotor:

Penas – detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§1º. Aumenta-se de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do §1º do art. 302. (Renumeração do parágrafo único pela Lei nº 13.546, de 2017)

[...]

Crime de culpa + culpa. É caracterizado por duas ações culposas subsequentes. Por exemplo, um indivíduo causa um incêndio por imprudência (culpa – art. 250, §2º, CP) e, em decorrência do mesmo, gera uma lesão corporal em outro ente, ainda de maneira culposa (art. 258, CP, segunda parte).

Incêndio

Art. 250 do Código Penal. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, de três a seis anos, e multa.

[...]

Incêndio culposo

§2º. Se culposo o incêndio, é pena de detenção, de seus meses a dois anos.

[...]

Formas qualificadas de crime de perigo comum

Art. 258 do Código Penal. Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. *No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.*

Capítulo 9 – Exclusão de Ilicitude

Afirma o art. 23 do Código Penal:

Exclusão de ilicitude (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 23 do Código Penal. Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Excesso punível (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Antijuridicidade ou ilicitude. Convém que entendamos, para o estudo dos três próximos artigos: art. 23 (exclusão da ilicitude), art. 24 (estado de necessidade) e art. 25 (legítima defesa), o conceito de antijuridicidade ou ilicitude.

Antijuridicidade ou ilicitude dividem-se em duas categorias: ilicitude formal e ilicitude material.

1) Ilicitude/antijuridicidade formal:

Ação contrária ao ordenamento jurídico, ou seja, contrariedade entre o comportamento do indivíduo e o texto de lei.

2) Ilicitude/antijuridicidade material:

Ação ou fato contrários a um sentimento de justiça. Gera reprovabilidade social. Por exemplo uma ação contra um bem jurídico tutelado.

1. Estado de Necessidade

Afirma o art. 24 do Código Penal:

Estado de necessidade

Art. 24 do Código Penal. 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)

Conceito. Está em Estado de Necessidade quem, em situação de perigo não criada por si e, da mesma forma, não podendo evitá-la, age de modo a salvaguardar bem jurídico próprio ou alheio, sacrificando um bem jurídico de outrem, sendo esta ação razoável à situação.

Como exemplos de tal situação, podemos citar o naufragar de um barco, o roubo famélico justificado pelo estado de fome, situação de incêndio etc.

Requisitos do estado de necessidade. São cinco os requisitos do Estado de Necessidade: perigo atual, perigo não causado voluntariamente pelo agente, ação destinada a salvaguardar bem jurídico próprio ou alheio, inexistência do dever legal de enfrentar a situação de perigo, razoabilidade do sacrifício e conhecimento da situação justificante.

1) Perigo atual:

É necessário que o perigo seja concreto, indiscutível e que esteja ocorrendo. Alguns autores afirmam, também, sobre um perigo iminente e não atual.

2) Perigo não causado voluntariamente pelo agente:

A lei é clara ao considerar em Estado de Necessidade quem pratica o fato para salvar a si ou terceiro perigo atual que não provocou por sua vontade.

Há discussões quanto à doutrina. Alguns doutrinadores afirmam ser inválido o Estado de Necessidade somente em casos em que o perigo foi causado dolosamente pelo agente, enquanto uma segunda visão afirma não ser válido o Estado de Necessidade tanto em situação em que o perigo foi causado por culpa, quanto situações em que o perigo foi causado por dolo. Esta última doutrina afirma que, mesmo o texto de lei expressando “por sua vontade”, convém incorporarmos a culpa, pois, numa segunda visão, a ação causadora do perigo poderia estar sendo efetuada voluntariamente.

3) Ação destinada a salvaguardar bem jurídico próprio ou alheio:

Para se classificar Estado de Necessidade, é necessário que o agente aja, de modo a salvaguardar bem jurídico próprio ou alheio, portanto.

Convém destacarmos duas classificações relacionadas à ação do agente. A ação defensiva e a ação agressiva.

A ação defensiva é aquela que se dirige ao agente provocador do perigo; enquanto a ação agressiva é a ação que atinge bem jurídico de um indivíduo inocente para salvaguardar bem jurídico próprio ou alheio. Neste caso o indivíduo é obrigado a indenizar o indivíduo inocente o qual teve um bem jurídico lesado. Quanto a esta

situação podemos citar, por exemplo, um indivíduo que, ao desviar de uma criança, bate em um carro estacionado.

4) Inexistência do dever legal de enfrentar o perigo:

Imaginemos a seguinte situação: um bombeiro, sendo chamado para atender um caso de incêndio, recusa-se a ir até o local sob a alegação de perigo de morte.

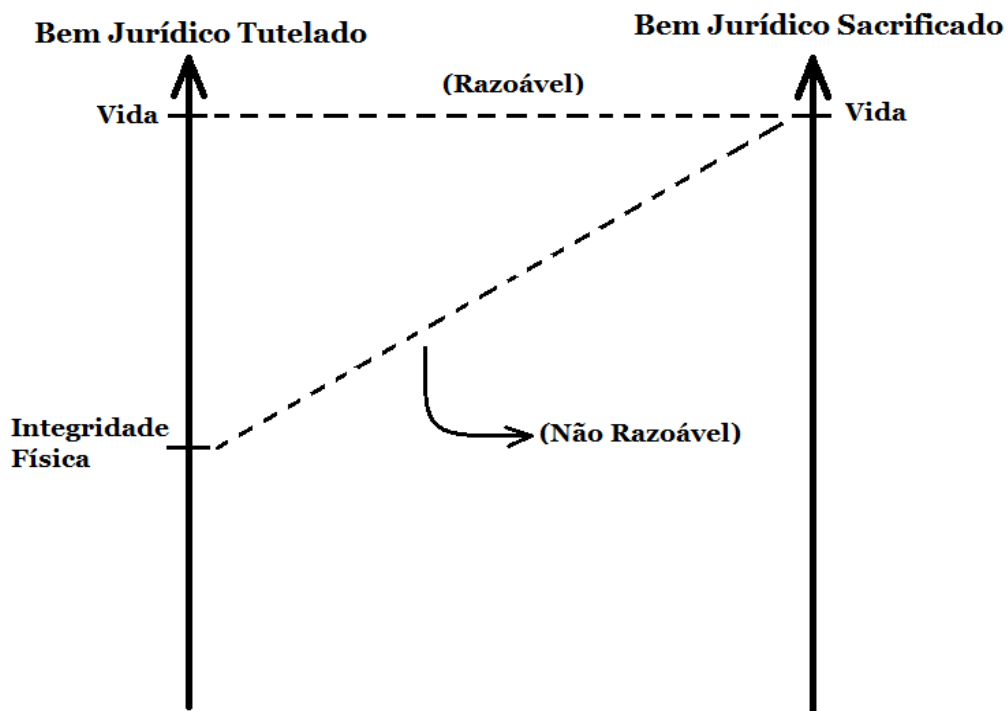
O bombeiro tem o dever de enfrentar o perigo e, por isso, não age em Estado de Necessidade.

É preciso, portanto, que o indivíduo não tenha o dever de enfrentar o perigo para que se valide a ocasião de Estado de Necessidade.

5) Razoabilidade do sacrifício:

Convém esclarecermos que a medida, como dita no conceito, deve ser razoável ao fato, ou seja, o bem jurídico sacrificado deve ser proporcional ao bem jurídico tutelado posto em perigo.

Vejamos o gráfico a seguir:



Aqui vemos, por exemplo, que tendo a vida posta em perigo, é razoável que tire a vida de outrem para garantir a sua. Porém, como demonstrado, tendo a integridade física ameaçada, não é razoável que se tire a vida de outrem para manter essa condição própria que, como visto no gráfico, tem menos peso que a outra.

6) Conhecimento da situação justificante:

É necessário que o indivíduo tenha conhecimento do Estado de Necessidade para validar a sua ação.

Quanto a esta afirmação, convém que entendamos uma situação: imaginam que um indivíduo se hospede em um hotel e, após se estabelecer no mesmo, o alarme de incêndio dispara. Como o elevador estava em manutenção, o indivíduo desce correndo pelas escadas com o objetivo de sair do prédio, mas em determinado momento esbarra em uma senhora que as subia, de modo a fazer com que a senhora rolasse escada abaixo e, por este fato, morrendo. Chegando no saguão os atendentes explicam que era apenas um teste e que, por ter chegado no mesmo dia, não fora avisado de tal evento.

Como proceder? Não havia de fato o Estado de Necessidade, mas o indivíduo agiu como se houvesse, matando uma pessoa para salvaguardar a própria vida.

Segundo o código esta situação é válida. É o chamado Estado de Necessidade putativo, ou seja, quando o indivíduo veementemente acreditar estar em situação de perigo, agindo para salvar um bem jurídico tutelado hipoteticamente em perigo.

Portanto, para concluir, existem dois tipos de situação de perigo consideradas pelo código: a situação de perigo real e a situação de perigo putativo.

2. Legítima Defesa

Afirma o art. 25 do Código Penal:

Legítima defesa

Art. 25 do Código Penal. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Conceito. O conceito de Legítima Defesa é, segundo o mesmo artigo, agir moderadamente através dos meios necessários, de modo a repelir injusta agressão, atual ou iminente, a favor de direito seu ou de outrem.

Em outras palavras, a Legítima Defesa se dá como reação a uma conduta injusta contra si ou contra terceiro, desde que a reação seja imediata, ou seja, de modo que a agressão e a reação aconteçam no mínimo espaço de tempo, sendo esta reação, sempre, proporcional à conduta.

Requisitos da legítima defesa. Os requisitos da Legítima Defesa são seis: moderação, ação de repelir, injusta agressão, atual ou iminente, contra si ou contra terceiro e conhecimento da situação justificante.

1) Moderação:

É necessário que o aja, assim como no Estado de Necessidade, com moderação em relação à conduta contra si. Por exemplo, se lhe agredirem com socos, o indivíduo agredido tem o direito de, por proporção, defender-se com socos.

2) Ação de repelir:

O indivíduo agredido somente tem o direito de agir, de modo a cessar a ação do agressor e não mais que isso.

3) Injusta agressão:

O elemento que legitima tal defesa é ser atingido por agressão injusta de terceiro, não tolerada pelo Direito.

4) Contra si ou contra terceiro:

O artigo salvaguarda os bens tanto do próprio indivíduo, quanto de terceiros. Por exemplo, numa operação policial uma assaltante faz uma mulher de refém. Caso a vida desta mulher esteja em risco, é legal que o policial tire a vida do meliante para resguardar a vida da vítima.

5) Conhecimento da situação justificante:

Este requisito é assunto de controvérsia entre os doutrinadores.

Alguns doutrinadores entendem que é necessário que o indivíduo tenha consciência de estar sendo lesado ou na iminência de tal fato para que haja a validade da Legítima Defesa; enquanto outros acreditam não ser necessário tal conhecimento.

Commodus discessus ou “saída mais cômoda”. São os elementos:

1) Legítima defesa x Legítima defesa:

Esta situação é impossível, visto que o primeiro agente nunca estará agindo conforme a Legítima Defesa, pois para que esta se configure, é necessário que haja, anteriormente à defesa, uma agressão injusta.

2) Legítima defesa sucessiva:

Esta situação é possível. Imagine a seguinte situação: o indivíduo A, com a intenção de machucar o indivíduo B, atinge-o com socos. O indivíduo B, à princípio, defende-se, em Legítima Defesa, com socos, igualmente, porém em determinado momento B saca uma faca e vai para cima de A. Agora A, em legítima defesa, pega o primeiro objeto maciço que encontra e agride B, de modo que este desmaia.

Nota-se que ambos, um sucedendo o outro, agem em Legítima Defesa.

3) Legítima defesa putativa:

Esta situação é possível. É necessário que o indivíduo tenha a ideia errônea de estar sendo agredido ou em iminência de ser agredido, de modo a defender-se estando, como dito anteriormente, fielmente convencido de estar sendo lesado injustamente.

Não haverá legítima defesa. Convém esclarecermos as seguintes situações. Não haverá Legítima Defesa, em hipótese alguma, quando: 1) Legítima Defesa x

Estado de Necessidade; 2) Legítima Defesa x Exercício Regular de Direito; e 3) Legítima Defesa x Estricto Cumprimento do Dever Legal.

Legítima defesa e erro de execução. Este quesito é caracterizado pela seguinte situação. Imaginem que esteja ocorrendo um tiroteio entre policiais e bandidos. Claramente, uma vez sendo desferidos tiros contra o policial, o mesmo, em legítima defesa, pode disparar contra os meliantes. Porém, ao atirar com a intenção de acertar o infrator, atinge outro indivíduo inocente.

Esta situação é prevista pelo art. 73, CP e afirma que, neste caso, o indivíduo que age em legítima defesa não responderá, por exemplo, por lesão corporal grave, caso acerte outro indivíduo, mas é dever deste indenizar o inocente atingido.

Erro na execução

Art. 73 do Código Penal. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no §3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

Erro sobre elementos do tipo (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 20 do Código Penal. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Descriminantes putativas (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§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 culposo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Erro determinado por terceiro (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. Responde pelo crime o terceiro que determina o erro. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Erro sobre a pessoa (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§3º. O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

Concurso formal

Art. 70 do Código Penal. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Excesso doloso na legítima defesa. Ocorre quando o indivíduo que age em Legítima Defesa deixa de agir de tal modo, uma vez que ultrapassa o limite da razoabilidade, ou seja, não age de modo a repelir, mas sim agredir o, até então, agressor.

Nesse caso, aquele que, até então, agia em Legítima Defesa passa a responder por crime doloso, enquanto o, até então, agressor, caso se defenda, estará sob a proteção da Legítima Defesa, caracterizando, portanto, a Legítima Defesa sucessiva.

Excesso culposo na legítima defesa. Essa situação ocorre da má avaliação da real injustiça ocasionada pela agressão contra si. Não podemos exigir que, em momento de pânico, um indivíduo tenha plena consciência do número razoável de chutes e socos que deve desferir contra um agressor.

Por exemplo, como exemplifica Guaracy Moreira Filho, “é o caso daquele que é atacado por assaltante armado, reage e consegue derrubá-lo ao solo. Por estar nervoso e confuso pelo inusitado fato, não percebe que na queda o agressor desmaiara, e assim, continua a agredi-lo a socos, temendo por sua vida.” Neste caso o indivíduo responderá por crime culposo.

3. Diferença entre Estado de Necessidade e Legítima Defesa

	Estado de Necessidade	Legítima Defesa
Bem Jurídico	Exposição ao perigo	Sofre agressão
Perigo	Proveniente de ação humana, força da natureza ou ataque animal	Proveniente apenas de agressão humana
Conduta do agente posto em perigo	Pode ser direcionada contra terceiro ou contra quem causou o perigo	Somente pode ser destinada contra o agressor. Caso atinja terceiro, vide os excessos acima destacados
Tipo de conduta	Ação	Reação
Agressão	Lícita e recíproca, sendo esta razoável (duas pessoas em perigo, por exemplo)	Injusta (agente)

4. Exercício Regular de Direito e Estrito Cumprimento de Dever Legal

Exercício Regular de Direito e Estrito Cumprimento do Dever Legal não são tipificados pelo código, porém são apresentados e explicados pela doutrina, sendo, também, elementos que excluem a ação criminosa.

Conceito de exercício regular de direito. Caracteriza-se pelo cumprimento de uma ação de direito, mesmo que, em alguns casos, tal ação seja tipificada.

Podemos citar como exemplo: furar a orelha, fazer tatuagem. Nesses casos, em situação típica, caracterizaria crime de lesão corporal; quebrar bem sob a consciência do dono; efetuar aborto, uma vez que a gravidez seja resultado de um estupro, bem como se o parto gerar perigo em relação à mãe (ação prevista pelo art. 128, CP); intervenções médico-cirúrgicas, caso não haja parentes que representem o ente ferido, sendo estado do mesmo grave (ação prevista pelo art. 146, § 3º, I, CP); violência esportiva – comum da prática do esporte, como morte no boxe, fraturas no futebol, lesões na luta livre etc (ação prevista pela lei 9615/98); ações relacionadas ao animus corrigendi, ou seja, castigos dos pais aos filhos com o intuito de corrigi-los (prevista no art. 1634, CC).

Conceito de cumprimento do dever legal. Está no Estrito Cumprimento do Dever Legal quem pratica fato típico, porém protegido por cargo submetido à determinada lei. Por exemplo, é lícito que o policial agrida, se necessário, um meliante, sem que o mesmo seja processado por lesão corporal.

Portanto, existem dois requisitos pelos quais este instituto é válido: 1) existência de um dever legal; 2) agir no estrito limite deste dever.

Podemos citar, ainda, como exemplo, os arts. 292 e 293 do CPP. Os referidos textos seguem abaixo:

Art. 292 do Código de Processo Penal. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por suas testemunhas.

Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato. (Redação dada pela Lei nº 13.434, de 2017)

Art. 293 do Código de Processo Penal. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido,

fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

Parágrafo único. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito.

Porém tais intervenções, assim como no Estado de Necessidade e na Legítima Defesa, devem ser feitas de maneira razoável, bem como o próprio instituto específica ao usar a palavra “estrito”. Caso contrário os policiais, por exemplo, poderão ser enquadrados no crime descrito pela lei 4898/65 – Abuso de Autoridade.

OFENDÍCULO E CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Ofendículos

Aparatos visíveis destinados à proteção da propriedade ou de qualquer outro bem jurídico. Por exemplo, as pontas de lança, concertinas, cacos de vidro etc.

Tais aparatos são de uso legal, ou seja, é uma função protegida pelo Exercício Regular de Direito e, segundo a doutrina, caracterizados como Legítima Defesa pré-ordenada, ou seja, aparatos responsáveis por prevenir e repelir, moderadamente, eventuais tentativas de furto, por exemplo.

Consentimento do ofendido

Este elemento incorpora-se ao Exercício Regular de Direito, nos casos em que a ação lesiva é consentida pelo indivíduo lesado. Por exemplo, na produção de tatuagem ou no ato de furar a orelha para introdução de brinco.

Para que tal ocasião seja reconhecida, são necessários alguns elementos:

- 1) É necessário que o bem atingido seja disponível, ou seja, aquele de exclusivo interesse privado;
- 2) O agente deve ter capacidade para dispor de tal bem;
- 3) O bem deve estar na esfera da disponibilidade;
- 4) A manifestação da vontade do indivíduo deve ser livre e consciente;
- 5) O fato realizado deve ser idêntico ao que foi consentido.

Capítulo 10 – Culpabilidade

Antes de entendermos esses artigos, é necessário estabelecermos o conceito de culpabilidade.

Culpabilidade é aquilo usado como pressuposto para aplicar determinada pena. Dá-se pela reprovabilidade social que recai sobre conduta típica do agente, sendo esta efetuada por voluntariedade, visto que poderia ter sido evitada ou poder-se-ia ter agido de maneira diferente, uma vez que o agente tenha capacidade temporal, psicológica e mental de compreender que tal ação é crime.

Voltando na teoria do crime (vide tópico 10 supra), alguns doutrinadores, os chamados bipartidos, afirmam que a culpabilidade não faz parte do conceito do crime, mas é um pressuposto para a pena; enquanto outros, os chamados tripartidos, afirmam ser a culpabilidade um dos elementos constitutivos do crime.

Teorias da culpabilidade. Quanto à Culpabilidade, existem três tipos: 1) Teoria Psicológica; 2) Teoria Normativa ou Psicológico-Normativa; 3) Teoria Normativa Pura.

1) Teoria psicológica:

Teoria criada por Von Liszt e Ernest Billing, baseada na Teoria Clássica do crime, afirma ser culpável o indivíduo que age com dolo e culpa, sendo imputável a partir do momento que apresenta capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, tendo conhecimento da ação típica e, mesmo assim, agindo de tal maneira.

Como já dito, vinculada à Teoria Clássica, entende a culpabilidade e, em consequência, imputabilidade como sendo fatores externos ao crime e, portanto, para Von Liszt, culpabilidade é um vínculo psicológico entre o indivíduo e a conduta, ou seja, dolo e culpa seriam um liame psíquico entre o agente e a conduta, tornando-o responsável pelo resultado.

Esta teoria recebe críticas, pois dolo e culpa não podem caracterizar elementos da culpabilidade, uma vez que são antagônicos, ou seja, aquela é a ação voluntária e destinada a um resultado específico; enquanto esta não quer o resultado, e elementos da própria conduta, sendo a culpabilidade a condição para a imputabilidade.

2) Teoria psicológico-normativa:

Criada por Reinhard Frank, inspirada na chamada Teoria Neoclássica ou Neokantista, sendo uma evolução da Teoria Clássica rumo à formação da Teoria Finalista, afirma que dolo e culpa não mais são exclusivamente subjetivos, ou melhor, psicológicos, como dizia a Teoria Psicológica. Representam, agora, elementos psicológico-normativos, isto é, dolo e culpa passam a representar alguns casos de natureza normativa, ou seja, ligados à conduta antijurídica.

Esclarecendo, esta teoria passa a levar em consideração a atuação do Estado em exigir do agente uma conduta diversa à conduta criminosa e, como na teoria anterior, é necessário que o agente seja imputável, ou seja, que tenha capacidade de identificar a conduta como sendo criminosa.

Concluindo, portanto, a Teoria Psicológico-Normativa estabelece culpabilidade através de três elementos:

- 1) Imputabilidade
- 2) Elemento psicológico-normativo (dolo ou culpa)
- 3) Exigibilidade de conduta diversa

Ou seja, para se aplicar a culpabilidade a um indivíduo, é necessário que este tenha agido com dolo ou culpa, uma vez que haja condutas distintas daquela conduta criminosa, sendo o indivíduo imputável, ou seja, que não tenha nenhum fator normativo que impeça a aplicação da pena, ou melhor, que o indivíduo tenha capacidade de identificar a ação como criminosa.

As principais críticas tecidas a esta teoria são relacionadas à culpabilidade apresentar elementos tanto psicológicos como normativos, fato que extingue a objetividade de tal tópico e o fato de unirem dolo e consciência de ilicitude, visto que há ações dolosas e típicas, porém que o indivíduo não tem consciência desse fator.

3) Teoria normativa pura:

Criada por Hans Welzel, inspira-se na Teoria Finalista do crime e, portanto, culpabilidade (fato culpável) passa a ser elemento constitutivo do crime, sendo dolo e culpa transferidos para o primeiro elemento (conduta) do fato típico.

Indo a favor das críticas feitas na teoria anterior, passa a considerar culpabilidade através de três elementos, também:

- 1) Imputabilidade
- 2) Potencial consciência da ilicitude
- 3) Exigibilidade de conduta diversa

Ou seja, para validar a classificação como culpável, é necessário que o agente tenha os meios materiais e/ou momentâneos necessários para alcançar a consciência da ilicitude do fato cometido, ou melhor, que o agente tenha posse de elementos suficientes para o entendimento de tal ação como fato típico, isto é, caracteriza-se por uma verificação se o agente, ao praticar o crime, tinha condições de saber que fazia algo errado ou injusto, de acordo com o meio social que o cerca, as tradições, os costumes locais, sua formação cultural, seu nível intelectual, a resistência emocional e psíquica, mesmo que não chegue a este entendimento; existindo outras condutas para o determinado momento que não fossem criminosas, tendo o agente, mesmo assim, agido com dolo ou culpa, de maneira criminosa; e não havendo nenhum impedimento quanto à aplicação da pena, ou seja, tendo o indivíduo

condições pessoais, como maturidade e sanidade, para entender o caráter ilícito do fato criminoso.

- 1) **Imputabilidade:** o significado será destrinchado posteriormente.
- 2) **Potencial Consciência da Ilícitude:** como dito anteriormente, é a situação em que o agente teria meios suficientes para identificar determinada ação como sendo criminosa, de acordo com o meio em que o mesmo está inserido, bem como seu nível intelectual, resistência emocional etc. A potencial consciência da ilicitude apresenta três critérios pelos quais a mesma é válida: critério formal; critério material; e o critério intermediário.
 - I. **Critério Formal:** criada por Von Liszt, proclama o conhecimento do agente para violar a norma penal, ou seja, é necessário que o indivíduo tenha pleno conhecimento e capacidade de entendimento o caráter ilícito de sua conduta e, da mesma forma, a comete.
 - II. **Critério Material:** criada por Arthur Kaufmann, baseia-se na concepção material de injusto, ou seja, exige que haja o conhecimento por parte do agente da reprovabilidade social, ou seja, da antissocialidade, do injusto, da imoralidade do ato, sendo este uma violação do interesse social, portanto, e, mesmo assim, o comete.
 - III. **Critério Intermediário:** este, adotado pelo código e criado por Hans Welzel, afirma que não importa o conhecimento da punibilidade do ato por parte do agente, bem como não importa, também, o seu conhecimento quanto a tipicidade do mesmo, ou seja, para haver potencial consciência da ilicitude, não é necessário que o agente tenha conhecimento que tal ação seja punível e, também, do dispositivo legal que contenha a proibição de tal ato.
- c) **Exigibilidade de conduta diversa:** dá-se quando o corpo social acredita que outra conduta, sendo esta lícita, poderia ter sido efetuada em determinada situação, ao invés do ato ilícito realizado pelo agente. Convém citarmos os casos em que não há conduta diversa, mas apenas a conduta realizada pelo agente. A estas condutas denominamos inexigível. Podemos citar como condutas em que há inexigibilidade de conduta diversa: a coação irresistível e a obediência hierárquica.
 - I. **Coação Irresistível:** prevista pelo art. 22, CP, primeira parte, como já visto anteriormente, caracteriza uma causa de exclusão de culpabilidade. Neste caso o agente “não age, é agido”, ou seja, não pratica determinado fato com voluntariedade, mas, sim, coagido e, geralmente, sob ameaças. O STF entende que, caso haja a possibilidade do agente não praticar o ato exigido, mas, da mesma forma, age, será punido, porém terá a pena diminuída (art. 65, III, c, CP - abaixo); porém caso não haja possibilidade de não efetuar o exigido, por coação física irresistível, o agente não será punido, mas, sim, o ente que o coagiu a agir de tal maneira.

Art. 65 do Código Penal. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III – ter o agente:

[...]

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

- II. Obediência Hierárquica:** também previsto pelo artigo 22, porém pela segunda parte, afirma que caso o indivíduo pratique um fato típico sob estrita ordem legalmente hierárquica, somente o indivíduo que deu a ordem será punido pelo fato. Caso contrário, ou seja, caso a hierarquia não seja legalmente estabelecida, o indivíduo não necessariamente precisa efetuar o exigido e, portanto, neste caso, não será excluída a culpabilidade.

Essa teoria pode ser dividida em duas espécies: Teoria Normativa Pura Limitada e Teoria Normativa Pura Extremada.

A primeira (adotada pelo código) é baseada no seguinte entendimento, defendido por Assis Toledo e Damásio: “Nesta teoria, o erro que recai sobre uma situação de fato é classificado como erro de tipo, enquanto o erro que incide sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação é conhecida como erro de proibição.” Ou seja, o erro, que é uma equivocada interpretação da realidade, divide-se em dois elementos. O primeiro deles, o erro de tipo, é classificado da seguinte maneira: erro quanto aos elementos constitutivos do tipo penal, ou seja, é quando o agente pratica um fato típico, porém não tem consciência desta ação ser prevista por lei, ou seja, não apresenta discernimento para entender que determinado fato é antijurídico. Neste caso o dolo é excluído e o agente, caso haja lesão, responderá por crime culposos. Já no segundo, erro de proibição, o agente tem consciência de sua ação e da realidade, porém acredita piamente que sua atitude é lícita quando, na verdade, é ilícita. Neste caso não há exclusão de dolo. O agente responde, conforme o caso, dolosamente.

A segunda, Teoria Normativa Pura Extremada, baseia-se no seguinte conceito: O erro que incide sobre os elementos constitutivos do tipo ou sobre os limites ou causa de justificação, com a teoria extremada, sempre serão erro de proibição, ou seja, em todos os casos, independentemente da capacidade de discernimento quanto à realidade, o indivíduo responderá por suas condutas dolosamente.

1. Imputabilidade e Inimputabilidade

Conceito. Imputável é o indivíduo que apresenta capacidade pessoal, ou seja, mental, psíquica e maturidade, de modo a fazer com que o mesmo identifique a

antijuridicidade de determinado fato, sendo este, portanto, responsabilizado pela ação criminosa.

Inimputabilidade, portanto, é a exclusão da capacidade de responder por determinado crime, ou seja, é a exclusão da culpabilidade. Quanto a este elemento, são excludentes da culpabilidade os sistemas: biológico, psicológico e misto.

1) Sistema biológico:

Leva-se em consideração o estado psíquico do agente. Neste caso, para ocorrer a excludente de culpabilidade, é necessário a confirmação de desvio por meio de laudo médico.

2) Sistema psicológico:

Este sistema não se preocupa com a causa, ou seja, não se preocupa em saber o estado psíquico do ente, mas sim com os efeitos, isto é, se havia condições suficientes para o indivíduo entender a natureza ilícita do fato.

3) Sistema misto:

Considera os dois sistemas anteriores – acolhido pelo Código.

2. Causas da Excludente de Culpabilidade

Afirmam os arts. 26 a 28 do Código Penal:

Inimputáveis

Art. 26 do Código Penal. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Redução de pena

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Menores de dezoito anos

Art. 27 do Código Penal. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Emoção e paixão

Art. 28 do Código Penal. Não excluem a imputabilidade penal: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – a emoção ou a paixão; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Embriaguez

II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Portanto, são Causas da Excludente de Culpabilidade: a doença mental (art. 26, CP), menoridade (art. 27, CP), embriaguez fortuita e completa (art. 28, § 1º). São previstos, também, os indivíduos semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único).

São isentos, ou têm suas penas reduzidas, no caso dos semi-imputáveis, os indivíduos que apresentarem alguma das causas de excludente de culpabilidade.

Artigo 26 do Código Penal. Este artigo, como especificado anteriormente, diz respeito aos doentes mentais e, em seu parágrafo único, semi-imutáveis.

São os elementos para a total compreensão deste artigo:

1) Conceito de doença mental:

“Fontes médicas informam que doença mental é aquela que provoca alterações na saúde mental do agente, como a esquizofrenia, epilepsia, senilidade, transtornos delirantes, embriaguez patológica etc.”

2) Desenvolvimento mental incompleto ou retardo:

“Podem-se citar como casos de capacidade de compreensão reduzida, desenvolvimento incompleto as várias espécies de oligofrenia, distúrbios que afetam a inteligência, os silvícolas (indígenas) inculturados, os surdos-mudos etc.”

3) Semi-imputáveis:

Semi-imputável é aquele que paira sobre a linha da lucidez, ou seja, é um sujeito fronteiro entre a inconsciência e a consciência plena. O indivíduo apresenta dificuldade de percepção e compreensão, visto que apresenta pequenos momentos de inconsciência mental, tendo a pena, caso cometa um crime, diminuída de um a dois terços.

Artigo 27 do Código Penal. Os menores de 18 anos, como diz o artigo, serão, sempre, inimputáveis, ou seja, não responderão por crime, não tendo culpabilidade sobre seus atos. Caso um menor infrinja alguma lei, será sujeito às normas de

legislação especial, isto é, à Lei nº 8069/90 – o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

O Brasil, neste caso, adota o critério biológico, não importando a capacidade de consciência, mas, sim, a idade menor de 18 anos.

Cabe salientar que a maioridade é atingida a partir do primeiro minuto do dia em que o indivíduo completa 18 anos, não sendo considerada a hora do seu nascimento.

Artigo 28 do Código Penal. Este artigo afirma que a emoção, paixão e embriaguez, salvo a fortuita e completa, não excluem a imputabilidade.

1) Emoção e Paixão:

A emoção e a paixão, em regra, não excluem a imputabilidade, porém podem ser elementos atenuantes (art. 65, III, c, CP), redutores de pena (art. 121, § 1º, CP); além de, em emoção provinda do temor, ou seja, do medo, ser excludente de culpabilidade (art. 22, CP).

Coação irresistível e obediência hierárquica (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 22 do Código Penal. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 do Código Penal. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

III – ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

[...]

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

[...]

Homicídio simples

[...]

Caso de diminuição de pena

§1º. Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em

seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

2) Embriaguez:

I. Conceito:

É uma intoxicação aguda e transitória provocada pelo álcool ou por qualquer outra substância de efeitos análogos (como a morfina, cocaína, maconha, crack, ecstasy etc) que privam o sujeito da capacidade normal de discernimento, ou seja, que dificultam ou incapacitam o indivíduo de possuir consciência de seus atos.

II. Tipos de embriaguez:

As classificações de embriaguez são: voluntária, fortuita (ou acidental) ou culposa; completa ou incompleta.

Quanto à voluntariedade, temos três aspectos. Caso o indivíduo conscientemente e com este objetivo se embriague, chamamos de embriaguez voluntária. Caso o indivíduo, de maneira consciente, porém não tendo esse objetivo, como num encontro social, por exemplo, embriaga-se, chamados de embriaguez culposa. Por fim, caso o indivíduo, não voluntariamente, venha a ficar bêbado, por exemplo, como diz o professor Damásio, caso o indivíduo, visitando uma fábrica de vinho, venha a cair em um tonel e, desta forma, ao ingerir vários litros desta bebida, venha a ficar bêbado ou, em outro exemplo, num trote de faculdade onde a ingestão de álcool é forçada ou, ainda, por efeito de medicamento, chamamos essa embriaguez de fortuita ou acidental.

Quanto à amplitude da embriaguez temos: a embriaguez completa e incompleta. A embriaguez incompleta é aquela em que o indivíduo se torna desinibido, ou seja, "desavergonhado". Há visivelmente um afrouxamento nos freios morais que mantêm a consciência e a vontade, ou seja, o indivíduo adquire certa dificuldade quanto a percepção de seus atos. Já na embriaguez completa, o indivíduo apresenta confusão mental, perdendo a coordenação motora e, desta forma, a total perda da capacidade de consciência de seus atos.

O Código afirma que será isento de culpabilidade o indivíduo que esteja em estado de embriaguez fortuita ou acidental e completa (art. 28, § 2º, CP).

Convém, citarmos a chamada embriaguez preordenada ou *actio libera in causa* (ação livre na causa). Dá-se quando o indivíduo se embriaga para cometer crime, visto que sóbria não faria, ou seja, a bebida caracteriza um incentivo para o cometimento do crime. Esta situação pode ser considerada como agravante (art. 61, I, CP).

Circunstâncias agravantes

Art. 61 do Código Penal. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não consistem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

I) em estado de embriaguez preordenada.

3. Conclusão

“Desta forma, a exclusão da culpabilidade se dará pela inimputabilidade (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, menoridade e embriaguez fortuita completa); pela falta de consciência potencial de ilicitude (erro sobre a ilicitude do fato, obediência hierárquica discriminantes putativas aos adeptos da teoria da culpabilidade) e pela inexigibilidade de conduta diversa (coação moral irresistível).“

Capítulo 11 – Concurso de Pessoas

1. Legislação

TÍTULO IV

DO CONCURSO DE PESSOAS

Art. 29 do Código Penal. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Circunstâncias atenuantes

Art. 30 do Código Penal. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Casos de imputabilidade

Art. 31 do Código Penal. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado, (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

2. Teoria

Conceito. Concurso de pessoas é a reunião de duas ou mais pessoas ciente e voluntariamente para a prática de infrações penais.

Podemos identificar dois tipos gerais de concursos de pessoas: o monossubjetivo e o plurissubjetivo.

1) Monossubjetivo:

Conhecido como Crime de Concurso Eventual, são ações criminosas que não necessitam da participação de mais de um ente, ou seja, não se faz necessário a pluralidade de entes.

2) Plurissubjetivo:

Conhecido como Crime de Concurso Necessário, são ações criminosas que, necessariamente, exigem a participação de mais de um ente. Por exemplo o crime previsto nos artigos 137 (rixa) e 288 (associação criminosa) do Código Penal.

Rixa

Art. 137 do Código Penal. Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena – detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.

Parágrafo único. Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

[...]

Associação criminosa

Art. 288 do Código Penal. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

Condutas. Existem três tipos de condutas, sendo eles: paralela, convergente, contraposta.

1) Paralela:

Todos os entes participantes da ação do crime compartilham o mesmo objetivo. Tem como exemplo o, já citado, artigo 288, CP.

2) Convergente:

As condutas dos agentes se fundem/encontram-se em determinado ponto. Podemos citar como exemplo o crime de auxílio, induzimento ou instigação ao suicídio, artigo 122, CP, uma vez que a ação daquele que induz/instiga/auxilia atinge a vítima em determinado ponto.

Auxílio, instigação ou induzimento ao suicídio

Art. 122 do Código Penal. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único. A pena é duplicada:

Aumento de pena

I – se o crime é praticado por motivo egoístico;

II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

3) **Contraposta:**

Situação em que as ações dos agentes apresentam-se contrárias umas às outras. Por exemplo o fato previsto pelo, já citado, artigo 137, CP.

Teorias. São três as teorias: T. Monista ou Unitária; T. Dualista; e T. Pluralista.

1) **Teoria monista ou unitária:**

Esta é a teoria adotada pelo Código Penal e defende que todos os agentes respondem pelo mesmo crime, uma vez que o resultado objetivo seja o mesmo. Esta teoria apresenta três possíveis agentes do crime: o autor, os coautores (plural) e o partícipe.

Autor: aquele que pratica o núcleo do tipo/ação/condução principal;

Coautor: plural de autor (em Direito Penal) – ambos praticam o núcleo do crime;

Partícipe: colabora, auxilia, ajuda a realizar do crime.

2) **Teoria dualista:**

Defende que o autor e o partícipe respondem por crimes distintos, ou seja, o autor responderá pelo crime em si; enquanto o partícipe responderá pelo auxílio.

3) **Teoria pluralista:**

Havendo vários agentes praticando condutas diversas objetivando o mesmo resultado, responderão, cada um deles, por crimes distintos. Essa teoria também é conhecida por Concurso de Pessoas Autônomas.

3. **Autor**

Teorias. São quatro teorias acerca do autor: T. Unitária; T. Extensiva; T. Restritiva; e T. do Domínio da Fato.

1) **Teoria unitária:**

Esta teoria afirma que todos aqueles que participaram ativamente do crime, praticando o núcleo do tipo ou auxiliando a execução do mesmo, são autores. Portanto, não existe a figura do partícipe.

Nota-se que esta teoria se utiliza do brocardo *sine qua non*, uma vez que considera autor todo aquele sem o qual o crime não seria executado.

2) **Teoria extensiva:**

Baseando-se, também, no princípio *sine qua non*, não distingue autor de partícipe, porém permite a redução da pena para o autor que praticar conduta acessória à execução do crime, em outras palavras, o indivíduo que seria considerado partícipe tem a pena reduzida, entretanto é considerado, igualmente, autor.

3) Teoria restritiva:

Distingue autor de partícipe.

Essa teoria apresenta duas ramificações: a objetiva formal e a objetiva material.

a) Objetiva formal:

Afirma que autor é aquele que pratica o núcleo do tipo penal, ou seja, autor é aquele que executa o verbo previsto na escrita do crime/da lei. Por exemplo, no crime de homicídio, autor é aquele que, praticando o núcleo do crime, matar a outrem (CP, art. 121). Outro exemplo que podemos citar é o estupro em que duas pessoas praticam a ação principal; uma segurando a vítima (constrangendo) e a outra praticando conjunção carnal (CP, art. 213) – neste caso ambos são coautores.

Homicídio simples

Art. 121 do Código Penal. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

[...]

Estupro

Art. 213 do Código Penal. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, 2009)

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

b) Objetiva material:

Segundo esta corrente, autor é aquele que pratica a ação mais importante para a realização do crime, não sendo, necessariamente, a pratica do núcleo do crime.

Convém esclarecermos que esta corrente não foi aceita, pois a sua adoção traria uma condição de total insegurança jurídica, pois a interpretação acerca da pratica mais importante para a realização de determinado crime seria extremamente variada.

4) Teoria do domínio do fato:

Esta teoria afirma ser o autor o indivíduo que detém o comando de uma ação típica, ou seja, é o agente mandante do crime, não sendo, obrigatoriamente, aquele que pratica o núcleo do crime.

Segundo o penalista Cleber Masson, esta teoria é uma ampliação do conceito de autor.

Autoria mediata. Conhecida como Innocent Agent pelo Direito Americano, afirma que nos casos onde há a utilização de pessoas sem culpabilidade para a realização de determinada ação típica, não há concurso de pessoas, pois o agente

sem culpabilidade é visto como instrumento para a efetuação da ação delituosa, portanto não sendo agente criminoso.

Cabe salientar que esta teoria não se aplica a crimes culposos, pois nestes casos não há dolo na ação ou omissão.

Autoria intelectual. Autor intelectual ou Autor de Escritório é o sujeito que planeja, comanda e decide a ação criminosa. É o sujeito conhecido como mandante, ou seja, não pratica o núcleo do crime, mas é o principal indivíduo da ação, sendo ele aquele que a comanda.

Este indivíduo pode ser acusado por autoria mediata, também, dependendo do caso, pois faz com que outro indivíduo, podendo este não ter culpabilidade, agir de acordo com a ordem.

4. Partícipe

Conceito. Partícipe é aquele que age de modo a contribuir para a ação do autor ou coautores, não praticando, porém, diretamente, o núcleo do tipo penal.

Requisitos. Para que o agente seja caracterizado como partícipe de determinada ação criminosa, suas ações devem atender a dois requisitos, sendo eles: ter o propósito de colaborar com a conduta do autor e, conseqüentemente, apresentar colaboração efetiva, ou seja, é necessário que as ações do indivíduo tenham pretensão de colaborar para a efetuação do crime e, de fato, causarem uma consequência positiva para a realização do mesmo.

Formas de participação. São duas as formas de participação: a participação moral e material.

1) Participação moral:

A participação moral, por sua vez, divide-se em duas ações: instigação e induzimento.

a) Instigação:

Ocorre quando a vítima já apresenta a ideia, porém a mesma é ratificada pelo agente.

b) Induzimento:

Ocorre quando a vítima não apresenta a ideia, sendo o agente responsável por fazer com que tal ideia nasça.

2) Participação material:

A participação material se concretiza quando o agente fornece meios materiais para o cometimento do crime. Neste caso este agente é conhecido, também, como cúmplice do crime. Por exemplo o indivíduo que fornece uma arma que um terceiro cometa um homicídio.

3) Participação por omissão:

Convém que citeamos esta classificação, sendo definida por, por exemplo, a empregada que, dolosamente, deixa de trancar a porta de uma casa para que um grupo de criminosos a roube, ou seja, a empregada já estava ciente das ações suscitadas por sua ação (omissão).

Teoria da acessoriedade limitada. Esta teoria afirma que independentemente da culpabilidade ou punibilidade do agente, sendo a ação típica e antijurídica, o partícipe responderá pelo delito cometido. Podemos citar como exemplo o artigo 181, CP.

Art. 181 do Código Penal. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Imaginemos a seguinte situação: um indivíduo, a mando de outra pessoa, subtrai bem do próprio pai. Neste caso, segundo o artigo anteriormente citado, o filho, executor da ação principal, não deve ser punido, porém o partícipe, tendo colaborado para o crime, responde pelo mesmo.

Participação de menor importância. É o que afirma o art. 29, §1º, do Código Penal:

Art. 29, §1º, do Código Penal. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Conhecido também como participação de importância mínima, afirma que o partícipe que colaborar de maneira menos efetiva para o crime, ou seja, cuja ação seja menos decisiva para a realização do crime, ou melhor, cuja ação tem reduzida eficiência causal, tem a pena reduzida de 1/6 a 1/3.

Cooperação dolosa distinta. Afirma o art. 29, §2º do Código Penal:

Art. 29, §2º, do Código Penal. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O parágrafo segundo do art. 29 afirma que, caso um dos participantes do crime tivesse a intenção de efetuar a prática de um delito menos grave, será aplicado a ele a pena deste, ou seja, caso um dos agentes tenha a intenção de praticar um crime menos grave, porém ter como resultado um crime mais grave, ser-lhe-á aplicada a pena do menos grave.

Este parágrafo ainda prevê que, caso o resultado mais grave seja esperado, a pena poderá aumentar até a metade.

Por exemplo, a intenção de furtar uma casa sob a especulação desta estar vazia, porém, durante a ação, descobrir que esta encontrava-se habitada e, por este motivo, para continuar com a ação, prende-se o indivíduo em um quarto e finaliza-se a ação furtiva. Imaginemos que esta ação contava com um segundo agente esperando do lado de fora da residência para a fuga da mesma. Neste caso, aplicar-se-á ao indivíduo que adentrou a casa a pena de furto e cárcere privado, enquanto aplicar-se-á ao motorista o crime de furto, apenas, pois não se esperava a presença de outros indivíduos no local, não tendo este colaborado para o crime de cárcere.

Segundo Guaracy Moreira Filho, “o agente deve responder por aquilo que fez e não pelo que o concorrente acabou fazendo sem o seu conhecimento.

5. Requisitos do Concurso de Pessoas

Pluralidade de agentes e de condutas. É necessária a participação de mais de um agente, tendo estas ações distintas para a execução do mesmo crime.

Relevância causal de cada uma das ações. É necessário que a participação de cada agente seja relevante para o crime, ou seja, colabore positivamente para o resultado ocorrer da maneira como ocorreu (*sine qua non*).

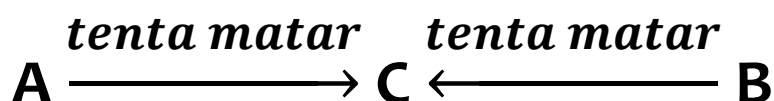
Liame subjetivo. É necessário que os agentes apresentem condutas homogêneas lúcidas, ou seja, é necessário que as ações sejam efetuadas sob um vínculo objetivo consciente, ou melhor, a partir da vontade expressa.

Identidade de fato. Todos respondem sob o mesmo contexto, ou seja, todos respondem pelo mesmo crime.

6. Autoria Colateral

Conceito. Autoria Colateral é a prática de um crime por duas ou mais pessoas sem que uma saiba ou conheça a intenção da outra.

Exemplo. Imagina a seguinte situação:



Explicando, os indivíduos A e B tentam matar C sem que nenhum dos dois tenha conhecimento ou saiba da intenção do outro.

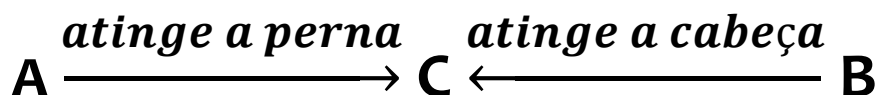
São as hipóteses:

1) Hipótese A:

Especulando, imagine que o indivíduo A dispare e acerte a perna do indivíduo C e, ao mesmo tempo, o indivíduo B acerte a cabeça do indivíduo C, também.

Estes indivíduos serão acusados de quais crimes?

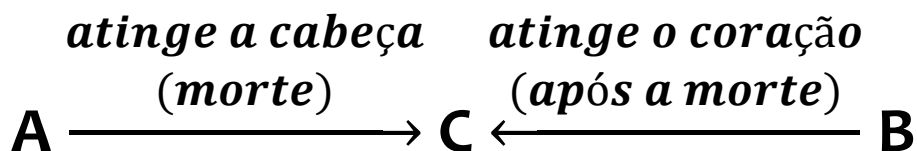
Por ter acertado a cabeça do indivíduo C e, desta forma, causar, de fato, a morte do mesmo, o indivíduo B será acusado de homicídio doloso consumado; enquanto o indivíduo A, tentando contra a vida do indivíduo C, porém não concretizando sua vontade por circunstâncias alheias, será acusado por tentativa de homicídio.



2) Hipótese B:

Imagine que, na mesma situação, o indivíduo A acerte a cabeça do indivíduo C e, após poucos segundos, o indivíduo B acerte o coração do indivíduo C.

Feito a autópsia, constata-se que a morte foi causada pelo disparo que atingira a cabeça do indivíduo C. Desta forma, por ter causado a morte, o indivíduo A será acusado de homicídio doloso consumado; enquanto o indivíduo B, disparando contra um cadáver e, por isso, por impropriedade absoluta do objeto, sendo, portanto, crime impossível, não será acusado por nada.



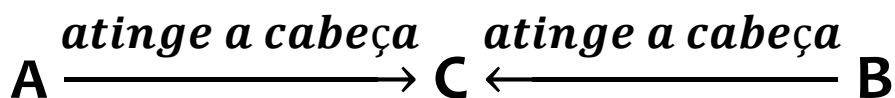
3) Hipótese C – autoria incerta:

Esta hipótese tem nome próprio, sendo ele: Autoria Incerta.

Imagine que, da mesma maneira, os indivíduos A e B disparam contra C, não sendo possível designar qual disparo fora o responsável pela morte.

Por exemplo, se ambos acertam a cabeça do indivíduo no mesmo ponto.

Neste caso ambos são acusados de tentativa de homicídio.



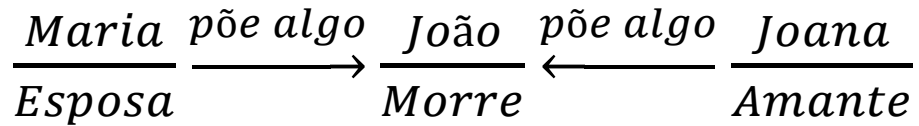
Convém citarmos outro exemplo na mesma categoria, porém com desfecho distinto. Imagine a seguinte situação: um indivíduo mantém uma vida dupla, convivendo com sua esposa e sua amante. Em um determinado momento, ambas adquirem consciência da vida dupla deste indivíduo e, por isso, planejam matá-lo sem que uma saiba da intenção da outra.

Em um determinado dia, na presença de sua esposa, este indivíduo toma café da manhã e, com a intenção de matá-lo, a mulher adiciona o que acha ser veneno em sua bebida.

Terminado o café da manhã o indivíduo ruma à casa de sua amante e, da mesma forma, toma café com ela, de modo que, igualmente, a mulher adiciona o que espera ser veneno na bebida do indivíduo.

Após estes dois encontros o indivíduo parte para o trabalho onde morre.

Após a autópsia, são identificadas duas substâncias no corpo do indivíduo: veneno de rato e talco. Como uma das substâncias não causaria a morte do indivíduo, sendo, portanto, por ineficácia absoluta do meio, crime impossível, e não se sabendo qual das duas adicionou veneno de rato na bebida, ambas são absolvidas.



Capítulo 12 – Comunicabilidade e Incomunicabilidade das Circunstâncias

1. Legislação

Afirma o art. 30 do Código Penal:

Circunstâncias incomunicáveis

Art. 30 do Código Penal. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

2. Elementares

Conceito. Também conhecidos como Tipo Fundamental, os elementares são os dados que caracterizam o tipo de penal, ou seja, são a ação principal do crime previsto por lei.

Exemplos. São os exemplos:

- 1) **Homicídio (art. 121 do Código Penal):** matar alguém;
- 2) **Furto (art. 155 do Código Penal):** subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel;
- 3) **Peculato (art. 312 do Código Penal):** apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de quem tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

3. Circunstâncias

Conceito. Circunstâncias são dados acessório à figura típica, ou seja, estão ligados a elementos exteriores ao tipo penal. Estes servem para aumentar ou diminuir a pena, sendo divididos em duas categorias: objetivo e subjetivo.

1) Circunstâncias objetivas:

São os dados relacionados ao fato e não às pessoas que o cometeram. Por exemplo o horário do crime, o meio de execução, lugar do crime etc.

2) Circunstâncias subjetivas:

São dados relacionados à pessoa e não ao fato criminoso, como o motivo do crime, a relevância moral etc. Esta categoria também incorpora as condições (qualidade inerente ao agente). Por exemplo a reincidência, os antecedentes, a menoridade relativa etc.

Exemplos. São os exemplos:

1) Homicídio simples:

Afirma o art. 121, §1º, do Código Penal:

Causa de diminuição de pena

Art. 121, §1º, do Código Penal. Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

2) Furto:

Afirma o art. 155, §1º, do Código Penal:

Art. 151, §1, do Código Penal. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

4. Exemplos

Concurso de pessoas no infanticídio. Apesar de os doutrinadores divergirem em relação ao parecer deste caso, o ordenamento toma como base o seguinte raciocínio: como previsto no art. 29, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas” e, segundo o art. 30, exceto quando elementares do crime, as circunstâncias não se comunicam entre os agentes, por exemplo, caso o pai colabore para o crime, será, da mesma maneira, enquadrado no crime de infanticídio (CP, art. 123), apesar de, como expresso no tipo penal, não estar em estado puerperal.

Infanticídio

Art. 123 do Código Penal. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena – detenção, de 2 a 6 anos.

Furto + peculato. Imaginem o seguinte caso: um diretor de escola pública, portanto um funcionário público, combina com um amigo, borracheiro, que, dolosamente, deixaria a porta da escola aberta, de modo que o segundo pudesse adentrar e furtar um notebook dado aos professores pelo Governo. Após a ação o segundo indivíduo deveria vendê-lo e dividir o lucro com o professor.

Neste caso, apesar de o borracheiro não ser funcionário público, porém tendo consciência do cargo do primeiro indivíduo, deverá, assim como o diretor, ser enquadrado nos crimes de furto (CP, art. 155) e peculato (CP, art. 213).

Furto

Art. 155 do Código Penal. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§1º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§2º. Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§3º. Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§4º. A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II – com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III – com emprego de chave falsa;

IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§4º-A. A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que causa perigo comum. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

§5º. A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

§6º. A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração. (Incluído pela Lei nº 13.330, de 2016)

§7º. A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessório que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

[...]

Peculato

Art. 312 do Código Penal. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo; ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§1º. Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§2º. Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

§3º. No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue-se a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena importa.

Capítulo 13 – Das Penas

1. Pena

1.1. Conceito

A pena, segundo o Direito Penal, é a retribuição do Estado em relação à conduta ilícita de determinado indivíduo a qual recai sobre ele e, também, sobre a sociedade. As penas são, em relação ao indivíduo, a privação de sua liberdade com o objetivo de reeducar e, posteriormente, ressocializar o mesmo, visando, de modo geral, o fim das transgressões penais.

Ou seja, a pena tem, basicamente, quatro objetivos, sendo eles: a sanção, ou melhor, a pena em si; a reeducação; a ressocialização; e, por fim, a tentativa de evitar o novo cometimento de crimes, em outras palavras, a reincidência.

Podemos resumir, portanto, que as penas têm como objetivo principal punir o agente e prevenir novas condutas.

1.2. Caráter Preventivo da Pena

Aspectos gerais. Os Aspectos Gerais se dão pelo controle da violência, tentando diminuí-la ou evitá-la, e são divididos em duas categorias: a positiva e a negativa.

1) Aspectos gerais positivos:

São aqueles que reafirmam a existência/eficácia do Direito Penal.

2) Aspectos gerais negativos:

São aqueles os quais representam o caráter intimidador das penas.

Aspectos especiais. São efeitos direcionados, precisamente, à pessoa do condenado. São, da mesma forma que os aspectos anteriores, divididos em positivo e negativo.

1) Aspectos especiais positivos:

Apresentam uma proposta de ressocialização.

2) Aspectos especiais negativos:

Apresentam uma intimidação ao agente, pois, se necessário, é levado à prisão.

1.3. Teorias Extremadas das Penas

Abolicionismo penal. Como já visto no resumo de Criminologia, o Abolicionismo Penal foi criado contra a Teoria das Janelas Quebradas do prefeito de Nova Iorque Rudolph Giuliani (neorealismo), com o objetivo de abolir ou, no mínimo, diminuir a atuação do Direito Penal.

Afirmavam que o mesmo somente mantinha a desigualdade social, agravando-a, visto que o Direito Penal agia de acordo com a aparência do indivíduo, etiquetando (labeling approach) os indivíduos pobres, e não agindo conforme a conduta, ou seja, o Direito Penal agia, principalmente, contra os pobres, negros, estrangeiros etc.

Acusavam o Direito Penal de ser desnecessário, reivindicando alguns aspectos:

1. Mudança de conceito e linguagem, evitando construções punitivas;
2. Atendimento prioritário à vítima;
3. Guerra contra a pobreza;
4. Legalização das drogas.

Ou, no mínimo, a descriminalização e despenalização de algumas condutas relacionadas às minorias. Atualmente, temos como exemplo o art. 28 da lei 11.343/06:

Art. 28 da Lei 11.343/2006. Qual adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

[...]

A versão anterior deste artigo, afirmava ser a pena para este tipo de conduta a privação de liberdade, mudando-a, como visto acima, para a advertência, considerando o usuário de drogas um doente passível de tratamento.

Direito penal máximo. Teoria aplicada pelo presidente citado acima, Rudolph Giuliani, em Nova Iorque. Afirmava que com a lei e a ordem o Direito Penal deveria atuar sobre todas as áreas, de modo que “nenhum culpado deveria ficar imune” – Direito Penal extremamente severo. Esta teoria incentivava investidas exemplificativas e desproporcionais.

Um dos momentos e em que esta teoria foi amplamente utilizada foi nas Teorias das Janelas Quebradas e Tolerância Zero.

Garantismo penal. Esta teoria é representada por Luigi Ferrajoli, importante criminalista italiano, caracterizando um meio termo entre as duas teorias anteriores, afirmando que o Direito Penal deveria respeitar a legalidade no Estado Democrático de Direito – a chamada Constitucionalização do Direito Penal – e as Teorias Contratualistas do Século XVIII, ou seja, dever-se-ia considerar a vontade do povo, visto que este Direito deveria, apenas, garantir o bem-estar da população que o constitui.

Nota-se o claro respeito aos Princípios da Legalidade, Reserva Legal, Proporcionalidade etc.

Esta teoria apresentava, e continua apresentando, axiomas do Direito Penal, sendo eles:

- 1) **Nulla poena sine crimine** – “Não há pena sem crime”. Princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito;
- 2) **Nullum crimen sine lege** – “ Não há crime sem lei”. Princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
- 3) **Nulla lex (poenalis) sine necessitate** – “Não há lei penal sem necessidade”. Princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- 4) **Nulla necessitas sine injuria** – “Não há necessidade sem ofensa a bem jurídico”. Princípio da lesividade ou ofensividade do evento;
- 5) **Nulla injuria sine actione** – “Não há ofensa ao bem jurídico sem ação”. Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- 6) **Nulla actio sine culpa** – “Não há ação sem culpa”. Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) **Nulla culpa sine iudicio** – “Não há culpa sem processo”. Princípio da jurisdicionalidade no sentido lato ou estrito;
- 8) **Nulla iudicium sine accustone** – “Não há processo sem acusação”. Princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação;
- 9) **Nulla accusatio sine probatione** – “Não há acusação sem prova”. Princípio do ônus da prova ou da verificação;
- 10) **Nulla probatio sine defensione** – “Não há prova sem defesa”. Princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade.

1.4. Pena/Regime

Espécies de pena. Afirma o art. 32 do Código Penal:

Das Espécies de Pena

Art. 32 do Código Penal. As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – privativas de liberdade;

II – restritivas de direitos;

III – de multa.

Espécies de regime. Afirma o art. 33 do Código Penal:

Reclusão e detenção

Art. 33 do Código Penal. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-fechado ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado⁷ ou estabelecimento adequado.

§2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§4º. O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Segue a tabela que simplifica o regime das penas:

Regime/Pena	Fechado	Semiaberto	Aberto
Reclusão	✓	✓	✓
Detenção ⁸	X	✓	✓
Prisão Simples ⁹	X	✓	✓

⁷ Cabe salientar que as casas de albergado não se fazem presentes no Estado de São Paulo, portanto o regime aberto, neste Estado, é efetuado na casa da pessoa do condenado. Estas instituições administradas pela SAP (Secretaria da Administração Penitenciária).

⁸ **Detenção.** Adotada em crimes menos graves.

⁹ **Art. 6º da Lei de Contravenções Penais.** A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto.

§1º. O condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção.

§2º. O trabalho é facultativo, se a pena aplicada, não excede a quinze dias.

Fixação do regime inicial. Segue o esquema:

	Fechado	Semiaberto	Aberto
Pena maior que oito anos	X		
Pena maior que quatro anos e menor que oito, não havendo reincidência		X	
Pena maior que quatro anos e menor que oito, havendo reincidência	X		
Pena menor que quatro anos			X

Por causa das indevidas aplicações de penas por parte dos juízes, são editadas Súmulas acerca deste assunto, mais precisamente a Súmula nº 440-STJ e as Súmulas Vinculantes nº 718 e 719-STF.

Súmula nº 440 do Superior Tribunal de Justiça. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula nº 718 do Supremo Tribunal Federal. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula nº 719 do Supremo Tribunal Federal. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

1.4.1. Regime Fechado

Afirma o art. 34 do Código Penal:

Regras do regime fechado

Art. 34 do Código Penal. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde

que compatíveis com a execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§3º. O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Princípio da individualização da execução penal. Inicialmente, o preso será submetido a um exame criminológico para a classificá-lo individualmente quanto a sua execução – Princípio da individualização da execução penal. Este princípio tem como objetivo fazer com que presos de menor periculosidade não cumpram pena juntamente com presos de maior periculosidade, inclusive para manter a integridade destes indivíduos.

Labuta. Sendo como objetivo principal a ressocialização do preso, convém que seja apresentado para ele a possibilidade de trabalhar, uma vez que esta tem caráter misto, sendo, ao mesmo tempo, uma opção e um dever do preso, pois não se aceitando o trabalho, o preso poderá ser atribuído com falta grave.

Outros benefícios do trabalho serão destrinchados em tópicos seguintes.

Convém, segundo o §2º do mesmo artigo, que os trabalhos exercidos pelo preso sejam correspondentes a sua capacidade e aptidão, sendo estes realizados dentro da prisão.

Os trabalhos podem ser realizados fora da prisão em serviços ou obras públicas.

Cabe ressaltar, ainda, que o trabalho não é obrigatório (não configurando infração grave) para presos políticos e presos provisórios.

Transferência. Segundo a Lei 11.671/08, há a possibilidade de transferência do preso para cumprir a pena em presídio federal (cuja estrutura é mais bem preparada e a vigilância é maior). Entende-se que este tipo de transferência sirva para a manutenção da ordem, disciplina e segurança do presídio. Esta transferência pode ter o prazo de 360 dias, podendo estabelecer novo prazo após o término do mesmo.

1.4.2. Regime Semiaberto

Afirma o art. 35 do Código Penal:

Regras do regime semi-aberto

Art. 35 do Código Penal. Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Princípio da individualização da execução penal. Bem como o caput do artigo anterior, inicialmente, o presidiário passara por exame criminológico para a classificação individual da execução do mesmo.

Labuta. Bem como o regime anteriormente citado, o indivíduo preso em regime semiaberto poderá trabalhar.

O § 1º do mesmo estabelece que, durante o dia, o mesmo poderá realizar trabalhos em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento semelhante, sendo isolado, no período noturno, para o repouso.

O § 2º define que o preso pode trabalhar externamente, podendo, inclusive, frequentar cursos, como os supletivos e de instrução do segundo grau ou superior.

1.4.3.Regime Aberto

Afirma o art. 36 do Código Penal:

Regras do regime aberto

Art. 36 do Código Penal. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Autodisciplina e responsabilidade. O regime aberto, como diz o caput deste artigo, afirma ser este regime baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do próprio indivíduo penalizado.

Pena. O preso frequentará diariamente o trabalho, cursos ou atividade autorizada sem que haja vigilância, tendo que dormir no presídio e permanecer no mesmo em dias de folga e nos feriados.

Transferência do regime aberto. O indivíduo será transferido para regime superior, caso incida em algum crime dolosamente ou se praticar qualquer ato fora do combinado ou, ainda, se for o caso, não pagar a multa aplicada.

2. Desconto de Pena – Lei de Execução Penal (Lei 7.201/1984)

2.1. Progressão

Afirma o art. 112 da Lei de Execução Penal:

Art. 112 da Lei de Execução Penal. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao

menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§1º. A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§2º. Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§3º. No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por criança ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: (Incluído dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; (Incluído dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

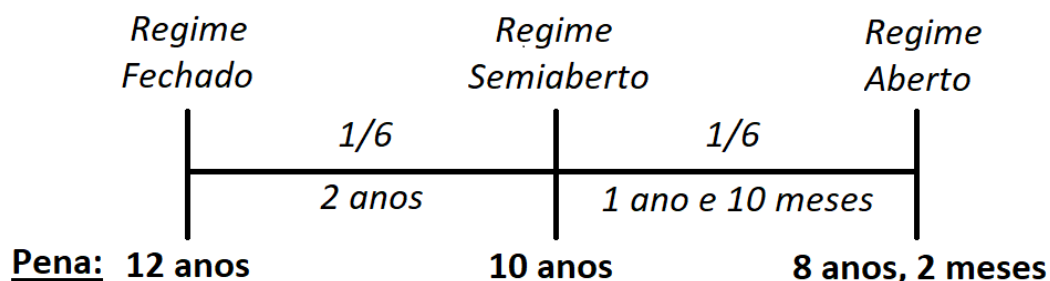
III – ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; (Incluído dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; (Incluído dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

V – não ter integrado organização criminosa. (Incluído dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§4º. O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no §3º deste artigo. (Incluído dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

Transferência de regime. Este artigo indica que, em penas privativas de liberdade, uma vez cumprido pelo menos 1/6 da pena, possuindo o preso bom comportamento, poderá, mediante decisão judicial, transferir-se para regime prisional menos rigoroso.



Afirma a Súmula nº 56 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 56 do Supremo Tribunal Federal. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do

condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Progressão por saltos – *per saltum*. Não será aceita, embora com pouca divergência, a progressão por saltos, ou seja, a transferência do indivíduo do regime fechado para o aberto.

Progressão nos crimes hediondos. A progressão nos crimes hediondos ocorrerá, se o condenado for primário, após o cumprimento de 2/5 da pena ou, se o condenado for reincidente, após o cumprimento de 3/5 da pena, seguido art. 2º, § 2º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Art. 2º, §2º, da Lei dos Crimes Hediondos. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

Progressão de regime nos crimes contra a administração pública. A progressão nos crimes contra a administração pública se dará mediante três requisitos:

- 1) Cumprimento de, pelo menos, 1/6 da pena;
- 2) Bom comportamento;
- 3) Reparação do dano que causou ou devolução do produto ilícito praticado – art. 34, §4º, CP.

Art. 34, §4º, do Código Penal. O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Cabe citar, ainda, o art. 4º, § 5º da Lei 12.850/13 que prevê a redução da pena, caso a colaboração ocorrer após a sentença:

Art. 4º, §5º, da Lei de Organização Criminosa. Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Súmulas relacionadas à progressão. São as súmulas:

Súmula nº 491 do Superior Tribunal de Justiça. É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional.

Súmula nº 493 do Superior Tribunal de Justiça. É inadmissível a fixação de pena substitutiva.

Súmula nº 439 do Superior Tribunal de Justiça. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Súmula nº 471 do Superior Tribunal de Justiça. Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) para a progressão do regime prisional.

2.2. Regressão

Afirma o art. 118 da Lei de Execução Penal:

Art. 118 da Lei de Execução Penal. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

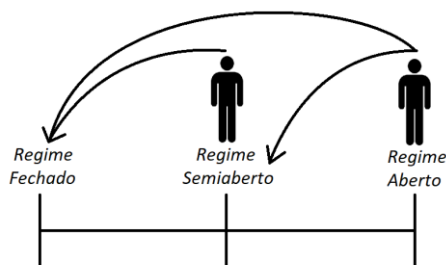
I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne cabível o regime (artigo 111).

§1º. O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§2º. Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Este artigo indica que o regime de determinado indivíduo pode retornar ao regime mais rigoroso, caso pratique crime doloso ou falta grave (art. 50, LEP) ou caso a pena de crime anteriormente, somada ao crime atual, tornar incabível o regime. Porém, antes da regressão, convém ouvir a pessoa do condenado.



2.3. Remição

Afirma o art. 126 da Lei de Execução Penal:

Art. 126 da Lei de Execução Penal. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

§1º. A contagem de tempo referida no **caput** será feita em razão de: (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§2º. As atividades de estudo a que se refere o §1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

§3º. Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

§4º. O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§5º. O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§6º. O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do §1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§7º. O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§8º. A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

Este artigo afirma que, mediante trabalho ou estudo, o indivíduo preso em regime fechado ou semiaberto poderá remir dias da pena, ou seja, descontará dias de sua pena.

É o que dispõem os itens 132 e 133 dos Motivos da Lei de Execução Penal:

A remição é uma nova proposta ao sistema e tem, entre outros méritos, o abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação. Três dias de trabalho correspondem a um dia de resgate. O tempo remido será computado para a concessão do livramento condicional e do indulto, que a exemplo da remição constituem hipóteses práticas de sentença indeterminada como fenômeno que abranda os rigores da prefixação invariável, contrária aos objetivos da Política Criminal e da reversão pessoal ao delinquente. O instituto da remição é consagrado pelo Código Penal Espanhol (artigo 100). Tem origem no Direito Penal Militar da guerra civil e foi estabelecido por decreto de 28 de maio de 1937 para os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais. Em 7 de outubro de 1938 foi criado um patronato central para tratar da "redención de penas por el trabajo" e a partir de 14 de março de 1939 o benefício foi estendido aos crimes comuns. Após mais alguns avanços, a prática foi incorporada ao Código Penal com a Reforma de 1944. Outras ampliações ao funcionamento da remição verificaram-se em 1956 e 1963 (cf. Rodríguez

Devesa, "Derecho Penal Español", parte geral, Madrid, 1971, págs. 763 e seguintes).

Inicialmente o estudo não era considerado atividade de remição. Tal realização foi instaurada pela Súmula nº 341/STJ.

Súmula nº 341 do Superior Tribunal de Justiça. A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.

Redução por trabalho ou estudo. O artigo afirma que a cada 12h de estudo divididas em três dias, seja no sistema presencial ou ensino à distância, descontar-se-á um dia da pena; enquanto para cada três dias efetivamente trabalhados reduzir-se-á a pena em um dia.

Cabe salientar que, conforme previsto no § 5º, caso o indivíduo complete o ensino fundamental, médio ou superior, terá sua pena remida de 1/3.

Da impossibilidade. O preso que, por impossibilidade, não puder trabalhar ou estudar, continuará tendo o benefício destas atividades.

2.4. Falta Grave

Afirma o art. 127 da Lei de Execução Penal:

Art. 127 da Lei de Execução Penal. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Antigamente, quando se cometia uma falta grave, todo o benefício era perdido. Atualmente, pode-se perder até 1/3 do tempo remido, iniciando-se novamente a contagem após a falta.

2.5. Tempo Remido

Afirma o art. 128 da Lei de Execução Penal:

Art. 128 da Lei de Execução Penal. O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

2.6. Recomendação 44/13 do Conselho Nacional de Justiça

De acordo com a recomendação 44/13 do Conselho Nacional de Justiça, convém que as penitenciárias adiram o tempo de leitura como sendo tempo remido (conforme o art. 1º, V de tal recomendação).

O preso terá de 21 a 30 dias para efetuar a leitura do livro, apresentando ao final deste período uma resenha sobre a obra lida. Se o fizer, descontar-se-á quatro dias de sua pena, como prevê a alínea “e”.

RESOLVE:

Art. 1º da Recomendação nº 44/13 do Conselho Nacional de Justiça. Recomendar aos Tribunais que:

[...]

V – estimular, no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura, notadamente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional, nos termos da Lei n. 7.210/84 (LEP – arts. 17, 28, 31, 36 e 41, incisos II, VI, e VII), observando-se os seguintes aspectos:

[...]

e) procurar estabelecer, como critério objetivo, que o preso terá o prazo de 21 (vinte e um) e 30 (trinta) dias para a leitura da obra, apresentando ao final do período resenha a respeito do assunto, possibilitando, segundo critério legal de avaliação, a remição de 4 (quatro) dias de sua pena e ao final de até 12 (doze) obras efetivamente lidas e avaliadas, a possibilidade de remir 48 (quarenta e oito) dias, no prazo de 12 (doze) meses, de acordo com a capacidade gerenciada da unidade prisional;

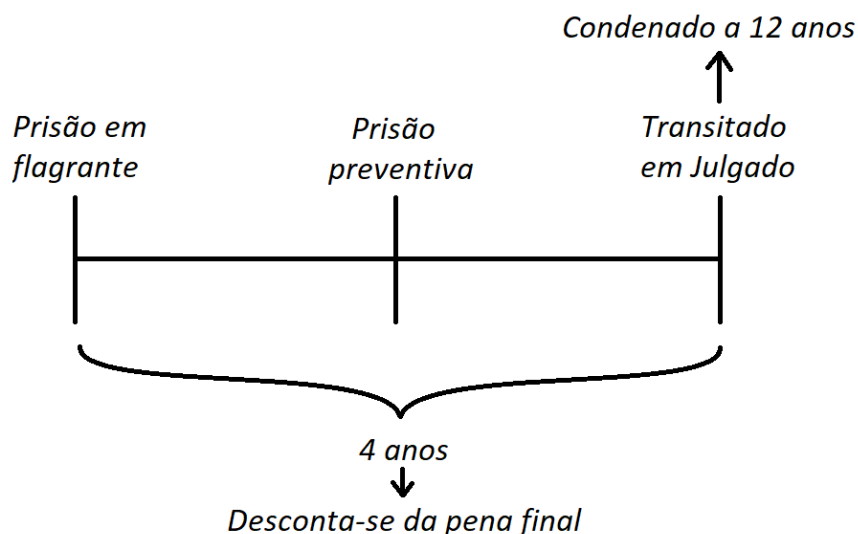
3. Detração

Afirma o art. 42 do Código Penal:

Detração

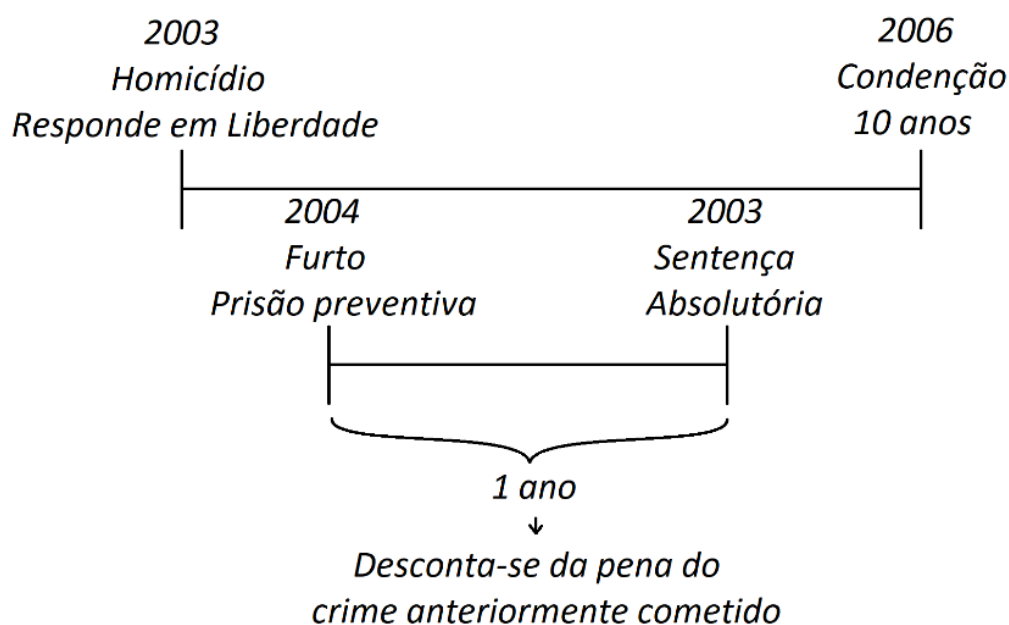
Art. 42 do Código Penal. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Comum. É um instituto que permite o desconto na pena privativa de liberdade e na medida de segurança referente à pena cumprida na prisão provisória ou internação decorrente de medida de segurança. Ou seja, caso o agente esteja esperando o trânsito em julgado e a sentença enquanto permanece preso provisoriamente, será descontado do cálculo final o tempo referente a esta prisão:



No exemplo acima demonstrado, tendo o agente cumprido quatro anos de prisão preventiva, sendo a sentença final 12 anos, subtrai-se o tempo de pena preventiva da pena final. Portanto, o agente cumprirá mais oito anos.

Detração paralela. Esta situação acontece no que se segue: desconta-se a pena de prisão preventiva de crime praticado durante o processo de crime anteriormente realizado. Após a sentença do crime anterior, desconta-se a pena do crime que foi praticado durante o processo do primeiro:



Neste exemplo, tendo o indivíduo cumprido um ano de prisão preventiva durante o processo do crime de homicídio, desconta-se do primeiro crime (homicídio) um ano. Portanto o indivíduo deverá cumprir mais nove anos.

Convém salientarmos que não é permitido a detração paralela em crime posterior, somente em crime anterior à prisão preventiva ou internação mediante medida de segurança.

Detração na medida de segurança. Afirma o art. 97, §1º, do Código Penal:

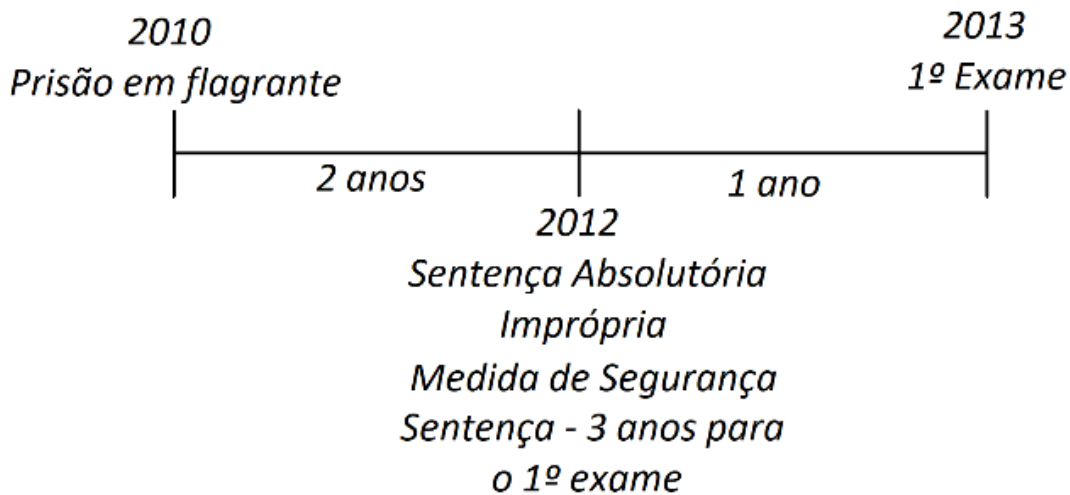
Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97 do Código Penal. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prazo

§1º. A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Na medida de segurança é necessário que o paciente passe por inúmeros exames para que se constate o desvio e a recuperação do mesmo. Inicialmente o paciente ficará internado, podendo o juiz dar a sentença de, no mínimo, um a três anos para a realização do primeiro exame de cessação de periculosidade. Imaginemos o seguinte caso:



Tendo o paciente sido internado por dois anos até a sentença, uma vez que esta estipulava a internação de três anos para o primeiro exame, subtrai-se a pena preventiva (de dois anos), tendo o paciente que esperar apenas mais um ano até o primeiro exame de cessação de periculosidade.

4. Monitoramento Eletrônico

Definição. O Monitoramento Eletrônico foi criado como uma alternativa para se evitar a prisão do indivíduo, exercendo controle sem retirá-lo do convívio social, diminuindo, assim, a população carcerária.

Este equipamento foi aderido mediante a Lei 12.258/10 e previsto pelo art. 146-B, II e IV da Lei de Execução Penal.

Art. 146-B da Lei de Execução Penal. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II – autorizar a saída temporária no regime semiaberto; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

IV – determinar a prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

V – (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Originalmente tal aparelho foi desenvolvido nos EUA. O monitoramento pode ser feito através de pulseiras, cintos, tornozeleiras (utilizado no Brasil) e chip subcutâneo.

Utilização. Como diz o artigo acima referido, utilizar-se-á tornozeleira eletrônica na saída temporária do regime semiaberto e na prisão domiciliar.

5. Regime Disciplinar Diferenciado

Afirma o art. 52 da Lei de Execução Penal:

Art. 52 da Lei de Execução Penal. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II – recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§1º. O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§2º. Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, e qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Utilização. Será utilizado o Regime Disciplinar Diferenciado em três situações:

- 1) Falta grave pelo cometimento de crime doloso;
- 2) Para presos que representem alto risco para a penitenciário como para os demais presos;
- 3) Presos com suspeita em participação em organizações criminosas.

Características do regime. São as características:

1) Duração:

Pode durar até 360 dias, podendo ser repetido caso o indivíduo venha a cometer falta grave, porém respeitando o limite de 1/6 da pena.

2) **Natureza:**

O indivíduo ficará recolhido em cela individual, podendo ter duas visitas semanais, não contando as crianças, tendo direito a saída para banho de sol uma vez ao dia por duas horas, sendo, ainda, afastado dos demais detentos.

6. Dosimetria da Pena

Divisão. A dosimetria da pena é dividida em três fases, conforme criação do jurista Nelson Hungria:

1ª Fase: circunstâncias judiciais - art. 59, CP;

2ª Fase: circunstâncias atenuantes e agravantes – arts. 61 e 65, CP;

3ª Fase: causas da diminuição e aumento da pena – são previstas no artigo do próprio tipo penal.

1) **1ª Fase:**

Afirma o art. 59 do Código Penal:

Fixação da pena

Art. 59 do Código Penal. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Portanto, o juiz seguirá os seguintes elementos:

- a) Análise do juízo de reprovação da conduta do agente com a lesão do bem jurídico que o mesmo causou (análise do grau de culpabilidade/reprovabilidade);
- b) Antecedentes criminais;
- c) Conduta social;
- d) Personalidade do agente;
- e) Motivos do crime (porquês);
- f) Circunstâncias do crime (meio de execução);
- g) Consequências do crime (atinge não só a vítima como a sociedade em geral);

- h) Comportamento da vítima (“colaboração” da vítima. Por exemplo, em crimes de trânsito, a travessia fora da faixa, acarretando em atropelamento).

2) 2ª Fase:

O código não define quanto se atenua ou quanto se agrava a pena. Vê-se, portanto, a jurisprudência, definindo como padrão o aumento ou diminuição de 1/6 da pena.

Atenuantes. Sobre as atenuantes, afirmam os arts. 65, 66 e 67 do Código Penal:

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 do Código Penal. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – ser o agente menor de 21 (vinte um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 do Código Penal. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes

Art. 67 do Código Penal. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O art. 65 apresenta elementos que sempre configurarão atenuantes em qualquer crime; o art. 66 diz respeito à atenuante inominada (por exemplo a venda de CDs piratas. Parte da culpa de tal crime é do Estado); o art. 67 diz respeito à

aplicação da pena – a mesma deve ser calculada de acordo com as circunstâncias preponderantes.

São elementos atenuantes:

- a) O agente ser menor de 21 anos ou maior de 70;
- b) Desconhecimento da lei;
- c) Cometido o crime por relevante valor social;
- d) Procurar, logo após o crime, por espontânea vontade, reduzir ou evitar os efeitos da própria ação;
- e) Reparação do dano;
- f) Cometido o crime sob coação a que podia resistir;
- g) Cumprimento de ordem de autoridade superior;
- h) Influência de violenta emoção, provocada por ato injusto à vítima – neste caso, cabe salientar a diferença entre domínio de violenta emoção e influência de violenta emoção. A primeira ocorre, por exemplo, quando um indivíduo mata o agente que acabara de estuprar a sua filha – o indivíduo não controla os seus atos; enquanto o segundo age influenciado por emoção, ou seja, a emoção não é o motivo de sua ação, mas uma influenciadora;
- i) Confessado voluntariamente o crime;
- j) Cometido o crime mediante influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Por último, convém citarmos a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Agravantes. Afirmando os arts. 61 e 62 do Código Penal:

Circunstâncias agravantes

Art. 61 do Código Penal. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) por motivo fútil ou torpe;
- b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
- c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
- d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a

mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Agravantes no caso de concurso de pessoas

Art. 62 do Código Penal. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – coage ou induz outrem à execução material do crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de pagamento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

São, portanto, circunstâncias agravantes:

- a) Reincidência;
- b) Motivo fútil;
- c) Motivo torpe;
- d) Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
- e) À traição;
- f) Emboscada;
- g) Dissimulação;
- h) Outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;
- i) Com emprego de veneno;
- j) Fogo;
- k) Explosivo;
- l) Tortura;
- m) Outro meio insidioso ou cruel;
- n) Resultar perigo comum;
- o) Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação ou de hospitalidade;
- p) Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- q) Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

- r) Contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida;
- s) Quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- t) Em caso de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- u) Em estado de embriaguez preordenada;
- v) Promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
- w) Coage ou induz à execução material do crime;
- x) Instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
- y) Executa o crime ou nele participa mediante paga ou promessa de pagamento.

3) 3ª Fase:

Como dito anteriormente, a 3ª fase caracteriza-se pelas causas de diminuição ou aumento da pena e estão previstas nos artigos de cada tipo penal. Por exemplo:

Homicídio

Art. 121 do Código Penal. (...)

Causa de diminuição de pena

§1º. Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

[...]

Furto

Art. 155 do Código Penal. (...)

§1º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

[...]

Estupro

Art. 213 do Código Penal. (...)

§1º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§2º. Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

7. Penas Restritivas de Direitos

Afirma o art. 43 do Código Penal:

Penas restritivas de direitos

Art. 43 do Código Penal. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – prestação pecuniária; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – perda de bens e valores; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – limitação de fim de semana; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído dada pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V – interdição temporária de direitos; (Incluído dada pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI – limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.741, de 25.11.1998)

Antes de iniciarmos o destrinchar de cada inciso, convém esclarecermos que este artigo é meramente exemplificativo, uma vez que será aplicado, caso não haja especificação prévia por parte de outras leis.

Substituição da pena. Afirma o art. 44 do Código Penal:

Art. 44 do Código Penal. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§1º. (VETADO) (Incluído dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos. (Incluído dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§5º. Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

1) Exigências:

Como afirma o inciso primeiro deste mesmo artigo, o crime doloso cuja pena for de até quatro anos, não tendo sido este cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, ou o crime culposos, qualquer que seja a pena, será substituído pela pena restritiva de direitos.

Cabe salientar, ainda, a visão de Rogério Greco. Segundo o doutrinador, os crimes cuja periculosidade da ameaça é pequena deveriam admitir tal alteração.

Ainda no mesmo artigo, o inciso segundo prevê como exigência de tal substituição a não reincidência em crimes dolosos, salvo, como prevê o § 3º, nos crimes cuja restrição de direitos é (socialmente) recomendada, não sendo o agente reincidente no mesmo tipo penal, ou seja, não tendo o agente cometido o mesmo crime anteriormente.

Deve-se fazer, ainda, a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, bem como dos motivos e das circunstâncias, de modo a confirmar a indicação de tal substituição (inciso III).

2) Exceções:

Como dito anteriormente, a aplicação das restrições de direitos caracteriza-se como matéria exemplificativa, uma vez que a exigência do próprio texto do tipo penal pode adotar alternativa diversa.

Podemos citar como exemplo o art. 44 da Lei 11.343/06 – Lei de Drogas, cujo texto afirma:

Art. 44 da Lei de Drogas. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 e 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Nota-se que este artigo veda a aplicação das penas restritivas de direitos neste caso, porém este trecho, mediante acórdão do STF, foi considerado inconstitucional.

3) Regras para a substituição da pena:

Pena	Possível Substituição
Condenação à pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano	Multa ou pena restritiva de direitos
Condenação à pena privativa de liberdade superior a um ano	Pena restritiva de direitos e multa ou duas penas restritivas de direitos
Pena restritiva de direitos, havendo descumprimento injustificado da restrição	Pena privativa de liberdade

Cabe salientar que a multa anteriormente referida é a chamada multa vicariante ou multa substitutiva, uma vez que é aplicada no lugar da pena restritiva de liberdade.

Além disso, como exposto acima, será invalidada a pena restritiva de direitos, retornando o agente à pena privativa de liberdade, segundo o § 4º, caso o agente descumpra a restrição imposta, descontando-se o tempo cumprido na restrição de direitos.

Por exemplo, o indivíduo é condenado a três anos prestando serviços à comunidade. Cumpre um ano e cessa os serviços. Pelo descumprimento o indivíduo terá a pena substituída pela privativa de liberdade, tendo que cumprir mais dois anos.

7.1. Prestação Pecuniária

Legislação. Afirma o art. 45, §1º, do Código Penal:

Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45 do Código Penal. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§1º. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

[...]

Definição. A prestação pecuniária consiste no pagamento de quantia à vítima, a seus dependentes ou a alguma entidade pública ou privada, sendo o montante definido pelo juízo entre um e 360 salários mínimos, podendo coincidir, caso o sujeito alvo seja o mesmo, com o montante referido em ação de reparação cível.

Exceção. Podemos citar como exceção o art. 17 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) cujo texto afirma, ainda que apresentando falha:

Art. 17 da Lei Maria da Penha. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

O erro se encontra em fato explicado no trecho a seguir por Stella Maria Lobato Silva Carvalho:

No citado dispositivo legal encontram-se as sanções penais vedadas abstratamente ao juiz no exercício da sua prestação jurisdicional no âmbito da violência doméstica, que são: penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a pena de multa aplicada isoladamente. [...]

Entretanto, os diversos delitos que podem ser cometidos contra as mulheres possuem grau de reprovabilidade diferentes, não sendo, portanto, iguais.

Dessa feita, não se pode igualar a reprovabilidade, por exemplo, de quem comete uma simples ameaça, no âmbito doméstico, por conta da baixa educação e cultura do agressor com a de quem comete um homicídio, crime hediondo, premeditado contra a sua consorte.

Assim, indo no caminho desta vedação abstrata para todos os casos de violência doméstica, o aplicador da norma estará tratando claramente os desiguais de forma igual, o que segue ao arripio da igualdade substanciada, portanto, dos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena e, em última instância, do princípio supraconstitucional da razoabilidade. – Da Inconstitucionalidade da Vedação Contida no art. 17 da Lei nº 11.340/06.

Afirma o art. 45, §2º, do Código Penal:

Art. 45, §2º, do Código Penal. No caso do parágrafo anterior (ver acima), se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Por último, cabe salientar que o artigo mencionado neste tópico possibilita a aplicação diversa da prestação pecuniária, caso haja aceitação do beneficiário, como por exemplo o pagamento mediante a doação de equipamentos médicos para um hospital.

7.2. Perda de Bens e Valores

Legislação. Afirma o art. 45, §3º, do Código Penal:

Art. 45, §3º, do Código Penal. A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e o seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo

agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Definição. Como afirma o § 3º, art. 45 do CP, o valor obtido da perda de bens e valores por parte do condenado será destinado para o Fundo Penitenciário Nacional, tendo como teto o montante do valor do prejuízo causado ou pela quantia obtida pela ação do referido ente.

Por exemplo, no crime de estelionato um determinado indivíduo teve ganho de R\$ 5.000, fazendo com que a vítima perdesse tal quantia. Como perda de valores e bens, somente se poderá retirar do agente R\$ 5.000.

7.3. Prestação de Serviços à Comunidade

Afirma o art. 46 do Código Penal:

Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Art. 46 do Código Penal. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§1º. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§2º. A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§3º. As tarefas a que se refere o §1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§4º. Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Definição. Como diz o art. 46, caput, a prestação de serviços à comunidade é uma atividade exercida gratuitamente pelo condenado em penas superiores a seis meses.

Estas, como diz o § 1º do mesmo artigo, podem ser exercidas em entidades assistenciais, hospitais, creches, orfanatos ou outros estabelecimentos congêneres.

Manutenção da vida. Mesmo cumprindo a pena restritiva de direitos, o condenado permanecerá com as atividades corriqueiras. Por exemplo, um médico condenado a tal instituto continuará atuando como médico, porém terá que cumprir serviços à comunidade. Inclusive, como afirma o §3º deste mesmo artigo, convém que tais atividades visualizem as aptidões do condenado, sendo os serviços prestados em

tal área. Por exemplo, no caso do médico condenado, provavelmente sua atividade seria realizada na área da saúde.

Dedução da pena. Este instituto estabelece que a cada uma hora trabalhada, desconte-se um dia de pena.

Tempo de trabalho. Por fim, como afirma o §4º, em penas superiores a um ano, não é permitido que a prestação de serviços à comunidade seja inferior a metade da pena privativa de liberdade. Por exemplo, um indivíduo condenado a dois anos de prisão teria como tempo mínimo de prestação de serviços à comunidade um ano.

7.4. Interdição Temporária de Direito

Afirma o art. 47 do Código Penal:

Interdição temporária de direitos (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 47 do Código Penal. As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização ou poder público; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; (Incluído dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – proibição de frequentar determinados lugares; (Incluído dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V – proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame público. (Incluído dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – o inciso primeiro afirma que o condenado terá a proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como do mandato eletivo. Convém ressaltar que tal interdição é aplicada a crimes que sejam praticados por aqueles que possuem cargo público, justificando a interdição de tais atividades, segundo a Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/92;

II – o inciso segundo prevê a interdição do exercício da profissão, atividade ou ofício que dependam da habilitação especial, de licença ou autorização do poder público. Esta interdição é aplicada, por exemplo, para advogados que incidam no crime de apropriação indébita - é o crime previsto no artigo 168 do Código Penal Brasileiro que consiste no apoderamento de coisa alheia móvel, sem o consentimento do proprietário. O criminoso recebe o bem por empréstimo ou em confiança, e passa a agir como se fosse o dono -, perdendo seus registros nos quadros da OAB, bem como engenheiros que incidam em algum crime que invalide seu registro no CREA etc;

III – o inciso terceiro redige a interdição/ suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. Este inciso é pouco usado atualmente, uma vez que tal ação é prevista pelo Código de Trânsito – Lei Especial – no art. 302:

Art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§1º. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente: (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

I – não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

II – praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoa, à vítima do acidente; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

IV – no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

§2º. (Revogado pela Lei nº 13.281, de 2016)

§3º. Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Incluído pela Lei nº 13.546, de 2017)

Penas – reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Incluído pela Lei nº 13.546, de 2017)

IV – o inciso quarto prevê a proibição de o condenado visitar determinados lugares configurados pelo juiz da sentença;

V – o inciso quinto e último prevê a proibição da inscrição em concursos públicos. Convém ressaltar a criação do art. 311-A, configurado pela fraude em concurso público e justificando tal interdição.

Fraudes em certames de interesse público (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

Art. 311-A do Código Penal. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de: (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

I – concurso público; (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

II – avaliação o exame públicos; (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

III – processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

IV – exame ou processo seletivo previstos em lei: (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

§1º. Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no *caput*. (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

§2º. Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública: (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

§3º. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público. (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

7.5. Limitação de Fim de Semana

Afirma o art. 48 do Código Penal:

Limitação de fim de semana

Art. 48 do Código Penal. A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A limitação de fim de semana é a permanência do condenado por cinco horas no sábado e no domingo em Casa do Albergado ou estabelecimento similar, onde poderão ser ministrados cursos ou palestras de caráter educativo.

8. Pena de Multa

Afirmam os arts. 49 e 50 do Código Penal:

SEÇÃO III

DA PENA DE MULTA

Multa

Art. 49 do Código Penal. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Pagamento da multa

Art. 50 do Código Penal. A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto do vencimento ou salário do condenado quando: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) aplicada isoladamente; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos; (Incluído pela Lei nº 11.7.1984)
- c) concedida a suspensão condicional da pena. (Incluído pela Lei nº 11.7.1984)

§2º. O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Pena de multa ≠ pena pecuniária. Convém esclarecermos a diferença entre pena de multa e pena pecuniária para que não haja confusão.

A principal diferença entre as duas é a que a primeira é prevista nos tipos penais. Por exemplo, no texto do art. 157 (roubo) consta:

Roubo

Art. 157 do Código Penal. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

[...]

Nota-se que na pena deste artigo consta o termo multa, referente à pena de multa que será estudada neste tópico.

A segunda, por sua vez, como já visto anteriormente, configura pena restritiva de direitos.

Conceito de pena de multa. Como expresso no caput do art. 49, CP, a pena de multa é o pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. O valor referente à multa é destinado ao Fundo Penitenciário Nacional.

Cálculo da multa. Ainda segundo a afirmação do *caput*, a multa será paga em dias-multa, sendo:

	Mínimo (dias-multa)	Máximo (dias-multa)
Quantidade	10	360
Valor unitário (valor/dia)	1/30 do salário mínimo	5x o salário mínimo

Ainda com tais margens, segundo análise do juiz, convém adequar-se ao art. 60, §1º, CP, cujo texto diz:

Critérios especiais da pena de multa

Art. 60 do Código Penal. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação do réu. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Do pagamento da multa. Como diz o *caput* do artigo 50, o pagamento da multa deve ser feito dez dias após ter sido transitada em julgado a sentença, permitindo, mediante pedido do condenado e se checada as circunstâncias, o pagamento em parcelas. Neste caso, o Estado entende a multa como dívida de valor, entrando com ação de execução fiscal, caso a mesma não seja paga no tempo estabelecido.

Execução fiscal. Por exemplo, se um determinado indivíduo não para o IPTU, o órgão público inscreve a dívida após o prazo de pagamento, entrando com ação (segundo a Lei 6.380/80), sendo o indivíduo notificado para pagar a referida dívida, sob pena de confisco. Quem move a ação é o Procurador do Estado/Procurador da Fazenda Nacional, dependendo do órgão cobrador.

9. Reincidência

Tipos de reincidência. Afirmam os arts. 63 do Código Penal e art. 7º da Lei das Contravenções Penais:

Reincidência

Art. 63 do Código Penal. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.2096, de 11.7.1984)

Art. 7º da Lei das Contravenções Penais. Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

Portanto:

Condenação	Nova infração	Artigo
Contravenção no Brasil	Contravenção	Reincidência, segundo o art. 7º da LCP
Contravenção no exterior	Contravenção	Não há reincidência, segundo o art. 7º da LCP
Contravenção	Crime	Não há reincidência, segundo o art. 63 do CP
Crime no exterior	Crime	Reincidência, segundo o art. 63 do CP
Crime	Contravenção	Reincidência, segundo o art. 7º da LCP

Exemplo nº 1:

Crime	Fato	Sentença	Trânsito em julgado
Furto	14/07/1999	23/05/2003	10/06/2009
Estelionato	21/02/2002	07/07/2005	23/06/2008
Roubo	01/01/2009	07/02/2011	15/07/2015

Analisemos caso por caso:

- 1) **Furto:** Não configura reincidência, uma vez que não há crime anterior cometido;
- 2) **Estelionato:** Não configura reincidência, uma vez que o trânsito em julgado da sentença deste crime ocorreu anteriormente ao trânsito em julgado do crime anterior. Portanto, não havendo sentença transitada em julgado anteriormente, não caracteriza reincidência;
- 3) **Roubo:** Configura reincidência, porém convém analisarmos cada crime anterior. Em relação ao furto não há reincidência, uma vez que a sentença do mesmo ainda não havia transitado em julgado. Em relação ao estelionato há reincidência, pois o fato (roubo – 01/01/09) ocorreu após o trânsito em julgado da sentença do crime anterior (estelionato – 23/06/08).

Exemplo nº 2:

Crime	Fato	Sentença	Trânsito em julgado
Furto	07/02/2001	23/05/2003	05/07/2006
Estelionato	07/07/2006	07/07/2007	15/07/2008
Roubo	02/02/2007	07/02/2011	17/11/2016

Analisemos caso por caso:

- 1) **Furto:** Não há reincidência, uma vez que não há ação criminosa transitada em julgado anteriormente ao fato deste crime;

- 2) **Estelionato:** Há reincidência, uma vez que o fato (estelionato – 07/07/06) ocorre após o trânsito em julgado da sentença do crime anterior (furto – 05/07/06);
- 3) **Roubo:** Há reincidência, uma vez que o fato (roubo – 02/02/07) ocorre após o trânsito em julgado da sentença do crime anterior (furto – 05/07/06).

Para efeito de reincidência. Afirma o art. 64 do Código Penal:

Art. 64 do Código Penal. Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – não se condiram os crimes militares próprios e políticos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prazo da reincidência. Como diz o inciso I de tal artigo, não configura reincidência, caso o crime posterior seja executado cinco anos após a data do cumprimento, extinção da pena, período de prova, livramento condicional – antecipação da liberdade do indivíduo, ainda sob pena, já se considerando as ações cometidas após este evento como sendo reincidentes – ou trânsito em julgado da sentença.

O período em que a reincidência é válida denomina-se período depurador, sendo o condenado, após este período, considerado tecnicamente primário.

Por fim, cabe salientar, ainda, que os crimes militares próprios – aqueles previstos no Código Penal Militar – e os crimes políticos (apesar de haver doutrinadores que afirmam que, por falta de previsão legal, tal crime não existe) não apresentam reincidência (conforme prevê o inciso II deste mesmo artigo).

10. Concurso de Pessoas

Primeiramente, convém estabelecermos que concurso de crimes ocorre quando um único indivíduo pratica vários crimes, diferentemente do concurso de pessoas em que vários indivíduos praticam um único crime.

10.1. Concurso Material

Afirma o art. 69 do Código Penal:

Concurso material

Art. 69 do Código Penal. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeira aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será cabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Definição. Conhecida também como Concurso da Operação Matemática, ocorre quando um indivíduo, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime idênticos ou não, sendo as penas somadas basicamente (cumulativamente).

Tipos de cumulação. Há dois tipos de soma: homogênea e heterogênea:

1) Homogênea:

Por exemplo, quando um indivíduo comete, mediante três ações distintas, três furtos, ou seja, crimes da mesma espécie.

Neste caso, somam-se as penas. Portanto, tendo a pena sido fixada em dois anos:

Furto (2 anos) + Furto (2 anos) + Furto (2 anos) = 6 anos de pena.

2) Heterogênea:

Por exemplo, quando um indivíduo, mediante duas ações distintas, comete dois crimes diferentes, um latrocínio e um estelionato.

Neste caso, também se somam as penas. Portanto, tendo o latrocínio sido fixado em 20 anos e o estelionato em um ano:

Latrocínio (20 anos) + Estelionato (1 ano) = 21 anos de pena.

10.2. Concurso Formal

Afirma o art. 70 do Código Penal:

Concurso formal

Art. 70 do Código Penal. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam os desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Espécies. São duas as espécies de concurso formal: (1) Concurso formal próprio – 1ª parte do art. 70 – e (2) concurso formal impróprio – parte final do art. 70.

10.2.1. Concurso Formal Próprio

Definição. Quando um indivíduo, mediante apenas uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes.

Aplicação da pena. Neste caso, fixa-se a pena de um dos crimes (se iguais, fixa-se a pena de qualquer um e, se diferentes, fixa-se a pena do mais grave), aumentando de 1/6 a 1/2 a pena do crime fixado para cada crime a mais cometido (sistema de exasperação).

Com isso, convém citarmos o entendimento do TJ/SP quanto ao aumento da pena:

- 1) Um crime a mais: +1/6 da pena fixada;
- 2) Dois crimes a mais: + 1/5 da pena fixada;
- 3) Três crimes a mais: +1/4 da pena fixada;
- 4) Quatro crimes a mais: +1/3 da pena fixada;
- 5) Cinco ou mais crimes a mais: +1/2 da pena fixada.

Tipos de concurso formal próprio. Há, assim como no tópico anterior, dois tipos: homogêneo e heterogêneo.

1) Homogêneo:

Por exemplo, quando um indivíduo, mediante uma única ação ou omissão, incide em mais de um crime, sendo estes da mesma natureza. Um indivíduo, dirigindo um veículo, perde o controle e atropela duas pessoas. Portanto, mediante uma ação – dirigir – comete dois crimes – dois homicídios culposos de trânsito.

Neste caso, fixa-se a pena de qualquer um dos crimes (homicídio culposo de trânsito – 2 anos), aumentando de 1/6 a 1/2 para cada crime a mais cometido. Portanto:

Homicídio culposo de trânsito (1º indivíduo – 2 anos) + Homicídio culposo de trânsito (2º indivíduo – 4 meses [1/6 da pena fixada]) = 2 anos e 4 meses de pena.

2) Heterogêneo:

Por exemplo, quando um indivíduo, mediante uma única ação ou omissão, incide em mais de um crime, sendo estes de natureza diversa. Um indivíduo policial, limpando sua arma de maneira negligente, causa o seu disparo, transpassando a perna de um indivíduo e acertando a cabeça de um segundo indivíduo. Portanto, mediante uma ação – limpar a arma – comete dois crimes diversos – lesão corporal e homicídio culposo.

Neste caso, fixa-se a pena do crime mais grave, aumentando de 1/6 a 1/2 para cada crime a mais cometido. Portanto:

Homicídio culposo (1 ano) + Lesão corporal (2 meses [1/6 do crime fixado]) = 1 ano e 2 meses de pena.

10.2.2. Concurso Formal Impróprio

Desígnios autônomos. Denomina-se desígnios autônomos, pois, dolosamente, o indivíduo age, de modo a designar para qual finalidade sua ação se destinará, ou seja, age dolosamente pretendendo atingir um resultado específico.

Por exemplo, um indivíduo, enfileirando quatro policiais, mata-os com um único tiro devido ao alto calibre da arma que utilizara, ou seja, mediante uma única ação (disparo) dolosa atinge mais de um resultado pretendido (vários homicídios).

Outro exemplo que podemos dar é contextualizado no nazismo – o denominado Direito Penal do Autor - em que vários judeus eram mortos através das câmaras de gás, ou seja, através de uma única ação (ativação da câmara de gás), ocorriam vários crimes (homicídios).

Pena. Neste caso, somam-se as penas. Portanto, tendo o agente do caso anterior matado quatro policiais, sendo a pena de cada homicídio fixada em 20 anos, terá como pena final 80 anos.

10.3. Concurso Material Benéfico

Afirma o parágrafo único do art. 70 do Código Penal:

Art. 70, Parágrafo único, do Código Penal. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Da mesma maneira, ocorre quando o agente, mediante uma única ação ocasiona mais de um resultado. Porém, como diz o parágrafo único do art. 70, CP, não convém a aplicação do concurso formal, uma vez que o concurso material seja mais benéfico para o agente.

Por exemplo, tendo o agente cometido um homicídio e uma lesão corporal mediante uma única ação, convém analisarmos as aplicações:

Se for aplicado o concurso formal: Homicídio (crime mais grave – 6 anos) + Lesão Corporal (1 ano [1/6 da pena fixada]) = 7 anos.

Se for aplicado o concurso material: Homicídio (6 anos) + Lesão Corporal (3 meses) = 6 anos e 3 meses.

Nota-se que, neste caso, a aplicação da pena referente ao Concurso Material é mais benéfica ao agente, convindo, portanto, a aplicação desta.

10.4. Crime Continuado

Afirma o art. 71 do Código Penal:

Crime continuado

Art. 71 do Código Penal. 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Exemplo. Imaginem a seguinte situação: uma mulher, querendo um jogo de jantar e tendo a consciência de que não possui recursos para comprá-lo, decide furtar uma peça do referido jogo por dia, de modo a, depois de um tempo, roubar todo o jogo.

Após furtar quatro peças a mulher é detida, confessando o crime.

Definição. Entende-se como crime continuado, uma vez que a mulher, mediante várias ações repetidas, tem a pretensão de incidir em um crime completo e maior quando acabarem as ações. Portanto, considerar-se-á cada ação como sendo um único crime, sendo cada furto a continuação do crime anterior.

Portanto, crime continuado é o instituto em que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, mediante o mesmo modo de execução, no mesmo local e na mesma condição de tempo, incidindo, ao final, em um único crime.

Requisitos. São quatro os requisitos do crime continuado:

- 1) Os crimes devem ser da mesma espécie;
- 2) Ambos devem ser executados a partir do mesmo modo de execução (modos operandi);
- 3) As ações devem ocorrer na mesma condição de tempo. Aqui cabe visualizarmos a jurisprudência, entendo, assim, “condição de tempo” como sendo o lapso de até 30 dias;
- 4) As ações devem ocorrer na mesma localidade. Novamente, convém analisarmos a jurisprudência, uma vez que esta considera as “comarcas contínuas” como sendo válidas neste caso.

Pena. No crime continuado, aplica-se a pena de uma das ações, aumentando de 1/6 a 2/3 para cada ação continuada. No exemplo, fixa-se a pena do primeiro furto (2 anos), aumentando-se a pena em 1/6 a 2/3 para cada ação continuada executada.

Furto (2 anos) + 3x (3 ações além da primeira) 6 meses (1/6 da pena fixada) = 3 anos e 6 meses.

Teorias. São as teorias:

1) Teoria da ficção legal:

Criada pelo Jurista Francesco Carrara, afirma que tal instituto é uma ficção legal, visto que tais ações consistem em mais de um crime, não podendo, portanto, serem consideradas um único crime. Afirma que tal instituto é uma criação do Direito.

2) Teoria da realidade ou unidade real:

Criada por Bernardino Alimena, defende que o crime continuado deve sim ser visto como sendo um único crime.

10.5. Multas no Concurso de Crimes

Afirma o art. 72 do Código Penal:

Multas no concurso de crimes

Art. 72 do Código Penal. No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Ou seja, pegando o caso do furto continuado, imaginemos que para cada furto o juiz tenha fixado 10 dias-multa, sendo quatro ações, somam-se as multas, resultando, portanto, em 40 dias-multa.

11. Teoria do Erro

11.1. Conceito de Erro

Erro é a falsa percepção da realidade ou a falta interpretação da mesma. Convém, ainda, esclarecermos que o erro é completamente diferente do desconhecimento, uma vez que no erro tem-se o conhecimento, porém mediante uma falsa percepção da realidade, comete-se um ato diverso daquele pretendido; enquanto o desconhecimento é quando um indivíduo age, imaginando ser tal ação permitida, por exemplo.

11.2. Erro Sobre Elementos do Tipo

Afirma o art. 20 do Código Penal:

Erro sobre elementos do tipo (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 20 do Código Penal. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Definição. É o erro que incide sobre os elementos constitutivos do tipo (elementos descritivos na figura típica. Por exemplo, ter conjunção carnal com menina de 14 anos, porém não sabendo sua idade, uma vez que a mesma apresenta condições cujo entendimento seja a sua maioridade. Outro exemplo que podemos

citar é a subtração de coisa alheia móvel, imaginando ser este objeto de posse própria ou, ainda, matar pessoa durante uma caça, imaginando ser um animal.

Quanto a intensidade do erro. Há dois elementos que darão tal entendimento:

- 1) Inevitável, invencível ou escusável – é o caso em que qualquer pessoa de mediana prudência (“homem médio”) e discernimento, na situação em que se encontrava, incorreria no mesmo equívoco. Nestes casos, exclui-se o dolo e a culpa do agente;
- 2) Evitável, vencível ou inescusável – são hipóteses em que o acontecimento de determinado resultado decorre da culpa do agente, isto é, se este empregasse conduta diversa (cautela e prudência mediana), poderia evitar o resultado. Neste caso, afasta-se o dolo, mas se permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

Descriminantes putativas. Afirma o §1º do artigo acima referido:

Descriminantes putativas

Art. 20, §1º, do Código Penal. 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Segundo Cleber Masson, discriminar significa transformar em um indiferente penal; enquanto putativo, por sua vez, quer dizer que tal ocasião só existe para o agente, ou seja, resumindo, discriminantes putativos são ações em que os agentes imaginam estar encobertos por uma excludente de ilicitude, porém não estão.

Erro determinado por terceiro. Afirma o §2º do mesmo artigo:

Erro determinado por terceiro (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 20, §2º, do Código Penal. Responde pelo crime o terceiro que determina o erro. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

11.3. Erro Sobre a Pessoa

Afirma o §3º do art. 20 do Código Penal:

Erro sobre a pessoa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 20, §3º, do Código Penal. O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Definição. Este erro incide na pessoa a qual se pretendia cometer o crime. Por exemplo, pensando ser um indivíduo específico, João mata alguém, porém ao averiguar, nota que a pessoa morta não era, de fato, quem ele pretendia matar. Neste caso, mesmo não havendo a ação caído sobre a pessoa pretendida, considera-se

como se assim o tivesse feito, ou seja, João responderá pelo crime de homicídio em relação àquele a quem se pretendia matar.

Este tipo de identificação é aplicado, por exemplo, no seguinte caso: com a pretensão de matar seu pai, determinado indivíduo, avistando um ente o qual acreditava ser seu pai, dispara contra o mesmo. Neste caso, como no anterior, não se mata a pessoa pretendida, porém se considerará a morte do pai, incidindo, portanto, no crime de parricídio.

Conclusão, não se considera as características daquele que sofreu a ação, mas sim as características daquele cuja ação era pretendida.

11.4. Erro Sobre a Ilícitude do Fato

Afirma o art. 21 do Código Penal:

Erro sobre a ilicitude do fato (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 21 do Código Penal. 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Definição. Ocorre quando o indivíduo imagina estar a sua ação dentro da lei, quanto, porém, não está. Se o erro for inevitável, exclui-se a pena; porém se o erro for evitável, poder-se-á diminuir a pena de 1/6 a 1/3.

11.5. *Aberratio ictus* – Erro na Execução

Afirma o art. 73 do Código Penal:

Erro na execução

Art. 73 do Código Penal. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no §3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Definição. Ocorre quando um indivíduo, por acidente ou erro na execução, atinge pessoa diversa daquela pretendida, não importando, novamente, bem como no caso do erro quanto à pessoa, as características daquele que sofreu a ação, mas sim daquele a cuja intenção era atingir.

Erro de execução ≠ Erro quanto à pessoa. Segundo Guaracy Moreira Filho, “na *aberratio ictus*, diferentemente do erro sobre a pessoa, a pessoa visada corre sério

risco. Essa é a diferença significativa. O agente não se confunde quanto à pessoa que pretende atingir, mas a execução sai errada, realiza o crime desastrosamente.“

Vejamos um exemplo, portanto: com a pretensão de matar seu rival, porém não tendo nenhuma ou pouca experiência no manuseio de arma de fogo, além do nervosismo, dispara de maneira não precisa, acertando um indivíduo que estava passando ao lado do ocorrido. Nota-se que há a pretensão de atingir quem de fato se deseja, estando esta pessoa em perigo, porém por erro na execução, não atinge o resultado esperado. Como dito anteriormente, mesmo não tendo atingido o resultado esperado, responde-se como se tivesse alcançado tal fato.

Duplo resultado. Neste caso, tem-se a pretensão de atingir determinado indivíduo, porém também se acerta outro indivíduo. Imaginemos que o indivíduo ao qual se pretendia atingir não morre, atravessando o disparo o seu braço, acertando um indivíduo que passava ao lado do ocorrido na cabeça, causando a morte deste.

Neste caso, o agente responderá por tentativa de homicídio (portando doloso) contra o primeiro indivíduo, respondendo, também, por homicídio culposo quanto ao segundo indivíduo.

11.6. Aberratio delicti – Resultado Diverso do Pretendido

Afirma o art. 74 do Código Penal:

Resultado diverso do pretendido

Art. 74 do Código Penal. Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Definição. Fora os casos incorporados ao tópico anterior, quando o agente pretende atingir um resultado, porém atinge outro, responderá culposamente pelo crime diverso atingido. Caso atinja o resultado pretendido e resultado diverso, simultaneamente, responderá pelos dois crimes, sendo o segundo culposos, da mesma maneira.

Imaginem a seguinte situação: um grupo de jovens jogava bola na frente da casa de um senhor. Em determinado momento a bola cai na casa deste senhor e o mesmo, enraivecido pelos barulhos, fura a bola. Como resposta, os meninos pegam um tijolo, visando acertar o carro do senhor, porém acabam acertando sua esposa, causando-a lesão corporal.

Neste caso, os jovens responderão por lesão corporal culposa. Caso o carro também fosse atingido, responderiam por dois crimes, o crime de dano (doloso) e o crime de lesão corporal culposa.

12. Limite das Penas

O Código Penal apresenta o seguinte teor:

Limite das penas

Art. 75 do Código Penal. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

É o que dispõe a Lei das Contravenções Penais sobre esta matéria:

Art. 10 da Lei das Contravenções Penais. A duração da pena de prisão simples, não pode, em caso algum, ser superior a cinco anos, nem a importância das multas ultrapassar cinquenta contos.

Afirma a Lei de Execução Penal:

Art. 66 da Lei de Execução Penal. Compete ao Juiz de Execução:

[...]

III – decidir sobre:

a) soma ou unificação das penas;

[...]

Definição. Segundo o Código Penal em seu art. 75, caput, as penas privativas de liberdade têm como pena máxima 30 anos; enquanto a Lei de Contravenções Penais, segundo o art. 10, LCP, prevê o limite das penas em cinco anos.

Em alguns casos a sentença condenatória mostra-se superior a 30 anos. Isto ocorre, por exemplo, para a contagem dos benefícios. Se um indivíduo é condenado a 40 anos, conta-se 1/6 desta pena para a aplicação da progressão, por exemplo; porém o mesmo somente cumprirá, no total, 30 anos.

Soma das penas. Caso o agente seja sentenciado em um crime posteriormente ao início do cumprimento da pena de crime anterior, desconta-se a pena já cumprida, somando-se o restante desta à pena do crime posterior. Por exemplo, um indivíduo é condenado a cinco anos de prisão. Já tendo cumprido dois anos, o processo de um crime posterior é transitado em julgado, sendo a pena do mesmo seis anos. Uma vez cumprido dois anos do crime inicial, restando, portanto, três anos de prisão, soma-se o que resta, desconsiderando o tempo já cumprido, à nova sentença. Portanto, tendo

sido condenado a seis anos posteriormente, soma-se aos três anos restantes do crime anterior, tendo que cumprir, ainda, nove anos de prisão.

Segundo art. 63, III, “a”, LEP, compete ao Juiz da Execução a soma ou unificação das penas.

Por fim, afirma o art. 76 do Código Penal:

Concurso de infrações

Art. 76 do Código Penal. No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

13. Da Suspensão Condicional da Pena

Sistemas. São os sistemas:

1) Sistema belga-francês:

Também conhecido como Sistema Europeu-Continental, é o sistema adotado pelo Código Penal para o sursis da pena, em que o acusado é condenado, porém a execução da pena é suspensa.

2) Sistema anglo-americano – probation system:

Aplicado na América do Norte, o juiz reconhece a culpabilidade, mas suspende a ação penal durante o período de prova e, neste caso, a sentença condenatória não é proferida.

3) Sistema do probation of first offenders act:

O juiz não reconhece a culpabilidade, mas suspende a ação penal durante o período de prova. É aplicado, no Brasil, no art. 89 da Lei 9.099/95 – suspensão condicional do processo, não da pena, neste caso.

Art. 89 da Lei dos Juizados Especiais. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§1º. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – proibição de frequentar determinados lugares;

III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§2º. O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinado a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§3º. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§4º. A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§5º. Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§6º. Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§7º. Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Definição. Conhecido como Suspensão Condicional da Pena, ocorre quando o indivíduo é condenado, porém não há o cumprimento da pena, uma vez que o mesmo é sujeito à período de prova, submetendo-se, segundo decisão judicial, ao cumprimento de determinadas obrigações. Ao final deste período, caso o agente tenha cumprido todas as obrigações, não revogando tal benefício, terá a pena extinta.

Natureza jurídica. O sursis apresenta dois elementos que constituem sua natureza jurídica:

- 1) É Instituto de Política Criminal – pois o Estado estabeleceu um instituto que, por opção do mesmo (política criminal), não executará penas que não sejam tão graves. Como afirma o sursis (e será destrinchado a seguir), penas de até dois anos, desde que preencham os requisitos;
- 2) Direito Público Subjetivo do Condenado – pois uma vez preenchidos os requisitos, o réu tem direito ao sursis.

Tipos de sursis. São os tipos:

1) Sursis simples:

Afirmam os arts. 77, *caput* e §1º, e 78, *caput* e §1º, do Código Penal:

Requisitos da suspensão da pena

Art. 77 do Código Penal. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

Art. 78 do Código Penal. Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48). (Redação dada pela Lei n 7.209, de 11.7.1984)

A pena privativa de liberdade de até dois anos poderá ser suspensa de dois a quatro anos, período este denominado período de prova, em que o condenado ficará sujeito a condições estabelecidas pelo Juiz. Passado o período de prova, não revogado o benefício, ou seja, uma vez que o condenado tenha seguido as condições do Juiz, a pena é extinta.

As condições são aplicadas pelo Juiz na chamada audiência admonitória, prevista pelo art. 160, LEP:

Art. 160 da Lei de Execução Penal. Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas.

São os requisitos do sursis simples:

- 1) Sentença não superior a dois anos;
- 2) O condenado não pode ser reincidente em crime doloso;
- 3) Analisa-se a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime;
- 4) Convém que o juiz analise que não seja indicado ou cabível a substituição por pena restritiva de direitos.

Quanto a este último tópico, esclareçamos por meio de uma tabela:

	Pena Restritiva de Direitos	Sursis
Crime	Estelionato	Estelionato
Pena	1 ano e 8 meses	1 ano e 8 meses
Atividade	Prestação de serviços à comunidade	Suspensão da pena, fixando-se o período de prova de dois a quatro anos (fixa-se dois anos, por exemplo)
Ocorrido	O indivíduo trabalhou 1 ano e 6 meses, cessando a atividade definida. Neste caso, cumprirá mais dois meses de pena privativa de liberdade	O indivíduo, durante o período de prova, comete um ilícito. Neste caso, o sursis é revogado, não sendo computado nenhum dia de abatimento de pena, ou seja, o sujeito terá de cumprir a pena do crime beneficiado pelo sursis + a pena do novo crime cometido

Nota-se que, neste caso, a aplicação da Pena Restritiva de Direitos é mais benéfica ao réu, convido a aplicação desta, portanto.

Convém dizer, ainda, que, segundo o §1º deste artigo, mesmo o agente sendo condenado anteriormente por pena de multa, poderá ser beneficiado pelo sursis.

Finalizando a aplicação do sursis simples, segundo o §1º do art. 78, CP, no primeiro ano, o condenado deverá ser submetido à prestação de serviços à comunidade (art. 46, CP) ou a limitação de final de semana (art. 48, CP).

2) Sursis especial:

Afirmam os arts. 78, §2º, e 79 do Código Penal:

Art. 78, §2º, do Código Penal. Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) proibição de frequentar determinados lugares; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 79 do Código Penal. A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Todos os requisitos do sursis anterior devem ser analisados da mesma maneira, porém reparado o dano, o juiz suspenderá a prestação de serviços à comunidade ou à limitação de fim de semana, aplicando as hipóteses previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do art. 78, CP:

- a) Proibição de frequentar determinados lugares;
- b) Proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial – normalmente se estabelece a não ausência por mais de 8 dias;
- c) Comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

3) Sursis etário e humanitário:

Afirma o art. 77, §2º, do Código Penal:

Art. 77, §2º, do Código Penal. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Muda-se as penas. A pena restritiva de liberdade passa a ser de até quatro anos, sendo o período de anos estabelecido de quatro a seis anos, desde que o réu tenha mais de 70 anos na data da sentença (sursis etário) ou por razões de saúde (sursis humanitário) justifiquem a suspensão.

Período de prova. Segue a tabela:

Anos	Instituto
1-3	Art. 11 da LCP ¹⁰
2-4	Sursis simples (art. 77, <i>caput</i> , do CP) e art. 16 da Lei 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais ¹¹
2-6	Art. 5º da Lei 7.170/83 – Lei de Segurança Nacional ¹²
4-6	Sursis etário e humanitário – art. 77, §2º, do CP

¹⁰ **Art. 11 da Lei das Contravenções Penais.** Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender por tempo não inferior a um ano nem superior a três, a execução da pena de prisão simples, bem como conceder livramento condicional. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

¹¹ **Art. 16 da Lei dos Crimes Ambientais.** Nos crimes previstos nesta Lei, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação da pena privativa de liberdade não superior a três anos.

¹² **Art. 5º da Lei de Segurança Nacional.** Em tempo de paz, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa, por dois a seis anos, desde que:

I – o condenado não seja reincidente em crime doloso, salvo o disposto no §1º do art. 71 do Código Penal Militar;

II – os seus antecedentes e personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Parágrafo único. A sentença especificará as condições a que fica subordinada a suspensão.

Causas de revogação do sursis. Afirma o art. 81, *caput* e §§1º e 2º, do Código Penal:

Revogação obrigatória

Art. 81 do Código Penal. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – descumpre a condição do §1º do art. 78 deste Código.

Revogação facultativa

§1º. A suspensão poderá ser revoga se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Inicialmente, convém esclarecermos o que será a revogação. A revogação será a cessação do benefício, uma vez que o indivíduo já esteja exercendo-o, ou seja, uma vez que o período de prova já tenha iniciado.

1) Revogação obrigatória:

Os incisos deste artigo indicam quais são as situações em que o sursis deverá, incontestavelmente, ser revogado. São elas:

- a) Quando o sujeito for, irrecorrivelmente, ou seja, tendo o processo transitado em julgado, condenado por crime doloso:
 - I. Neste caso, entende-se que o sujeito está frustrando os requisitos do sursis, cessando-o, portanto;
 - II. Convém esclarecermos, ainda, que se, por exemplo, o indivíduo for condenado por crime doloso e, após isto, for concedido o perdão judicial, não se revogará o sursis, uma vez que a decisão que concede o perdão judicial é declaratória e não condenatória, não atingindo, portanto, a condição necessária para a revogação do benefício.
- b) A segunda condição é motivo de controvérsia, uma vez que o entendimento não é homogêneo:
 - I. Ocorre quando o sujeito, mesmo sendo solvente, não executa a pena de multa:
 - i. Neste caso, entende-se, para aqueles que não aceitam tal condição, que o próprio Estado, por meio de ação de Execução Fiscal (Lei 6.830/80), poderá receber essa quantia.
 - ii. Há, ainda, a justificativa de adotar tal ocorrido como condição revogatória, por meio da alteração feita pelo Decreto-Lei 9.268/96 em

relação ao texto do art. 51, CP, porém tal alteração não atinge a pena de multa, segundo os que não a aceitam.

- II. Por fim, revogará o sursis, o não reparo do dano, uma vez que não se tenha a justificativa para tal omissão.
- c) Será revogado o sursis, uma vez que o condenado não cumpra em sua totalidade a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de final de semana no primeiro no de período de prova, bem como estabelece o art. 78, §1, CP.

2) Revogação facultativa:

Se o agente, durante o período de prova, descumprir alguma condição ou ser condenado por crime culposo ou contravenção penal, será facultativo ao juiz a revogação de tal benefício.

Cassação do sursis. Inicialmente, convém esclarecermos o que será a cassação. A cassação é o impedimento da implementação do sursis, anteriormente ao início do período de provas.

São causas da cassação do benefício segundo o art. 161 da Lei de Execução Penal:

Art. 161 da Lei de Execução Penal. Se, intimado pessoalmente ou por edital com prazo de 20 (vinte) dias, o réu não comparecer injustificadamente à audiência admonitória, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena.

Ou seja, se intimado à *audiência admonitória*, não comparecendo o réu, cassar-se-á o benefício.

Além desta ocasião, são outras situações que justificam a cassação do sursis:

- a) Fixadas as condições do período de prova pelo Juiz da Execução, é possível a não aceitação do réu, exigindo, assim, a cassação de tal benefício;
- b) Caso o réu seja condenado irrecorrivelmente a uma pena privativa de liberdade não suspensa, anteriormente à definição do benefício;
- c) Se, mediante ação, aumenta-se a pena do condenado em mais de dois anos, extrapolando a pena limite que condiciona a aplicação de tal benefício.

Sursis simultâneo. O sursis simultâneo é possível. Por exemplo, um indivíduo é condenado por crime culposo, sendo beneficiado pelo sursis. Durante o período de prova deste crime, este indivíduo comete um segundo crime, desta vez doloso. Ainda que esteja em período de prova, uma vez que o crime anterior não seja igualmente doloso, é possível a aplicação de um segundo sursis.

Uma vez que o crime anterior seja culposo ou contravenção penal, é possível a aplicação de um segundo sursis.

Sursis e crime hediondo. Afirma o art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06):

Art. 33 da Lei Antidrogas. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

[...]

§4º. Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Há dois entendimentos acerca desta da aplicação do sursis neste artigo:

- a) Não se pode utilizar o sursis em crimes hediondos, uma vez que a natureza do benefício não é compatível com a gravidade desses crimes;
- b) É possível, uma vez que a lei dos crimes hediondos não proibiu tal concessão.

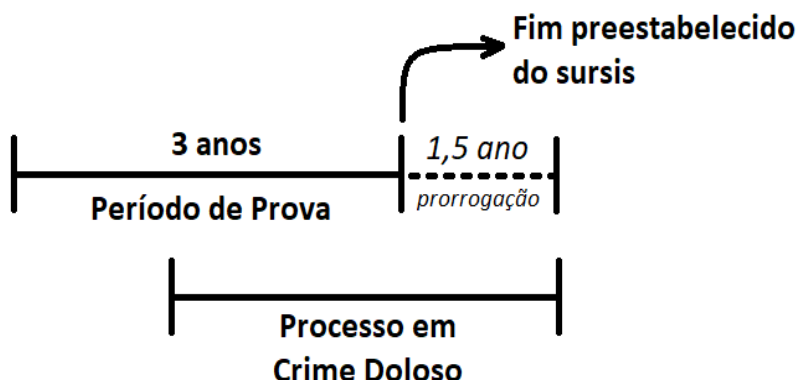
Prorrogação do período de prova. Afirma o art. 81, §§2º e 3º, do Código Penal:

Art. 81, §2º, do Código Penal. Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo de suspensão até o julgamento definitivo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

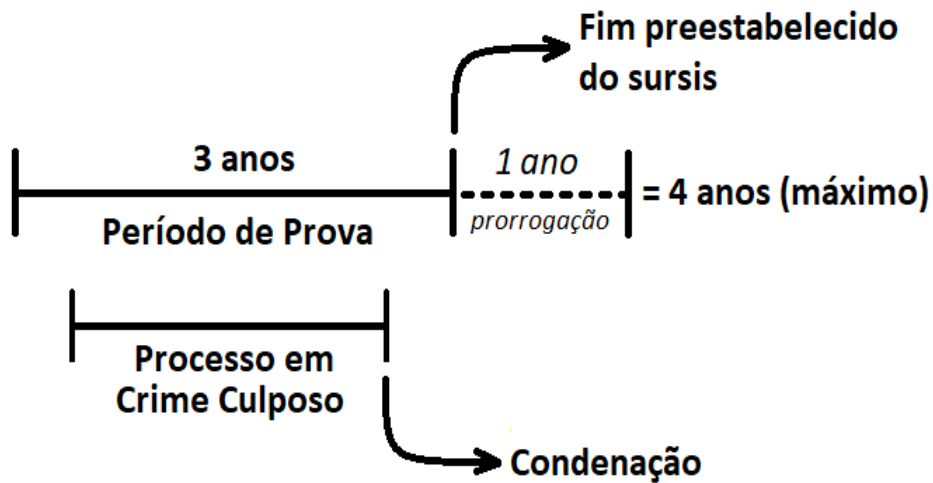
§3º. Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período até o máximo, se este não foi fixado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

São, portanto, as hipóteses:

- a) Se o sujeito, durante o período de prova, for processado por crime doloso, poder-se-á prorrogar aquele até o trânsito em julgado do processo, resultando, se condenado, na revogação do benefício ou, se absolvido, na extinção da pena. Cabe salientar, ainda, que, nestes casos, a prorrogação pode extrapolar o tempo limite do período de prova, ou seja, quatro anos.



- b) Ainda que o sujeito seja condenado, durante o período de prova, por crime culposo, o juiz poderá, ao invés de revogar o benefício, prorrogar o período de prova até o tempo máximo (quatro anos).



Cumprimento das condições. Afirma o art. 82 do Código Penal:

Cumprimento das condições

Art. 82 do Código Penal. Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

14. Do Livramento Condicional

Conceito. Livramento Condicional é a antecipação do livramento do condenado, desde que atendidos os requisitos, servindo este como estímulo à reintegração social do mesmo.

Natureza jurídica. Bem como o sursis, o livramento condicional configura direito público subjetivo do condenado, ou seja, respeitados os requisitos, é direito do indivíduo receber o livramento condicional.

Segundo Damásio de Jesus, o livramento condicional deixou de ser direito ou privilégio do condenado, passando a constituir forma de execução da pena privativa de liberdade e medida de natureza sancionatória.

“Discute-se se o livramento condicional pode ser considerado um benefício. Para um importante setor da doutrina, não é correto vê-lo dessa forma uma vez que sua imposição sempre se dá mediante condições compulsórias”, como diz Cleber Masson.

Aqui, entretanto, entender-se-á o livramento condicional como sendo benéfico para o réu, uma vez que o mesmo deixará de cumprir a pena privativa de liberdade.

Pressupostos. Afirma o art. 83 do Código Penal:

Requisitos do livramento condicional

Art. 83 do Código Penal. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe for atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V – cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)

Parágrafo único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

1) Condições:

Portanto, são as condições, desde que a pena seja de dois anos ou mais:

- a) O condenado não reincidente em crime doloso cumpra 1/3 da pena, apresentando, ainda, bom comportamento;
- b) O condenado reincidente em crime doloso cumpra 1/2 da pena, apresentando, também, bom comportamento;
- c) O condenado por crime hediondo, bem como prática de tortura, tráfico de drogas (previsto pelo art. 44, parágrafo único, da lei 11.343/06), pessoas, terrorismo (os chamados “T, T, T” [Tráfico de drogas, terrorismo e tortura] + T [recentemente adicionado: tráfico de pessoas] – os crimes hediondos assemelhados), ter cumprido 2/3 da pena, não sendo reincidente em crime de mesma natureza;
- d) Convém citarmos que o Código não prevê a questão dos antecedentes. Portanto, mesmo que o agente tenha maus antecedentes, uma vez que não seja reincidente em crime doloso, terá o livramento condicional após o cumprimento de 1/3 da pena, desde que tenha bom comportamento, da mesma forma.

Este artigo ainda prevê que o livramento poderá ser concedido àquele que reparar o dano (salvo quando há o impedimento de tal ação), bem como apresente bom desempenho no trabalho ao qual foi incumbido e, também, tenha condições para garantir sua subsistência mediante trabalho honesto.

2) Requisitos:

a. Requisitos objetivos:

Os requisitos objetivos são aqueles que não dependem do indivíduo, mas sim da compatibilidade da pena com o previsto no Código.

- I. Condenação a pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a dois anos;
- II. Cumprimento da pena, de acordo com os requisitos citados anteriormente;
- III. Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.

b. Requisitos subjetivos:

São requisitos relacionados à pessoa do condenado.

- I. Bom comportamento – “comportamento satisfatório”, sendo este comprovado por meio do B.I. (Boletim Informativo Prisional);
- II. Cabe citar, ainda, a Súm. 441/STJ, cujo texto prevê: “a falta grave não interrompe o prazo para a obtenção do livramento condicional”;
- III. Aptidão para subsistir a partir de trabalho honesto;
- IV. Bom aproveitamento no trabalho ao qual foi incumbido – comprovado, também, através do B.I. (Boletim Informativo Prisional);
- V. Cometendo-se crime doloso, mediante violência ou grave ameaça, necessita-se da comprovação de que não voltará a delinquir, através de exame criminológico.

3) Reincidente específico:

Reincidência específica dá-se quando o indivíduo já condenado por crime hediondo, tendo cumprido parte da pena mediante livramento condicional, pratica crime da mesma espécie posteriormente. Neste caso não será possível a adoção do livramento condicional referente à segunda pena sentenciada.

4) Soma das penas:

Afirma o art. 84 do Código Penal:

Soma das penas

Art. 84 do Código Penal. As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.8.1984)

Caso o indivíduo seja condenado por duas infrações, somam-se as penas para o cálculo do período necessário para a concessão do livramento condicional. Por exemplo, como diz Cleber Masson, “tendo o sentenciado condenado, em dois

processos distintos, a seis e a oito anos, respectivamente, as penas serão somadas e, sobre o total (ou seja, catorze anos), calcular-se-á o período necessário para a obtenção do livramento condicional. “

Convém esclarecermos, ainda, que, tendo sido condenado por dois crimes distintos, sendo réu primário no primeiro e reincidente no segundo, calcular-se-á o tempo necessário em cada caso, somando-os. Por exemplo, no primeiro caso, sendo réu primário, é condenado a 6 anos – portanto, sendo necessário cumprir 2 anos (1/3) para o livramento; enquanto no segundo caso, sendo reincidente, é condenado a 4 anos – sendo necessário, portanto, o cumprimento de 2 anos. Somando-se, será necessário o cumprimento de 4 anos (2 anos [1ª condenação] + 2 anos [2ª condenação]) para que se instaure o livramento condicional.

5) Concessão:

Para que se conceda o livramento condicional, é necessário o requerimento feito pelo próprio sentenciado, pela família do mesmo, pelo cônjuge, Conselho Penitenciário, Ministério Público ou o próprio juiz de ofício.

A cerimônia de concessão é prevista pelo art. 137, LEP:

Art. 137 da Lei de Execução Penal. A cerimônia do livramento condicional será realizada solenemente no dia marcado pelo Presidente do Conselho Penitenciário, no estabelecimento onde está sendo cumprida a pena, observando-se o seguinte:

I – a sentença será lida ao liberando, na presença dos demais condenados, pelo Presidente do Conselho Penitenciário ou membro por ele designado, ou, na falta, pelo Juiz;

II – a autoridade administrativa chamará a atenção do liberando para as condições impostas na sentença do livramento;

III – o liberando declarará se aceita as condições.

§1º. De tudo em livro próprio, será lavrado termo subscrito por quem presidir a cerimônia e pelo liberando, ou alguém a seu rogo, se não couber ou não puder escrever.

§2º. Cópia desse termo deverá ser remetida ao Juiz da execução.

Período de prova. Afirmam o art. 85 do Código Penal e art. 132 da Lei de Execução Penal:

Especificações das condições

Art. 85 do Código Penal. A sentença especificará as condições a que fica subordinado o livramento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 132 da Lei de Execução Penal. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§1º. Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

§2º. Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não frequentar determinados lugares;
- d) (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

1) Condições obrigatórias:

- a. O agente terá de obter ocupação lícita durante o período de prova, se for apto ao trabalho;
- b. O agente deverá comunicar periodicamente sua ocupação ao juiz;
- c. Não poderá o agente mudar-se do território da comarca sem autorização do juiz.

2) Condições facultativas:

- a. O juiz poderá exigir a não mudança residencial do condenado sem a prévia comunicação;
- b. O juiz poderá fixar hora de recolhimento ao condenado;
- c. O juiz poderá estabelecer a não frequência do condenado em determinados estabelecimentos;
- d. O juiz poderá adicionar qualquer outra condição, desde que necessário, uma vez que não submeta o condenado à situação vexatória.

Revogação do livramento. Afirmam os arts. 86 e 87 do Código Penal:

Revogação do livramento

Art. 86 do Código Penal. Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – por crime cometido durante a vigência do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – por crime anterior, observado o disposto do art. 84 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Revogação facultativa

Art. 87 do Código Penal. O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes na sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

1) **Revogação obrigatória:**

Como diz o art. 86, CP, revoga-se o livramento, uma vez que o indivíduo seja condenado por pena privativa de liberdade irrefutavelmente antes ou durante o período de prova. Tal ação é logicamente justificada, pois não é possível a coexistência do livramento (liberdade) e pena privativa de liberdade (cárcere).

2) **Revogação facultativa:**

Como afirma o art. 87, CP, o juiz poderá revogar o livramento, uma vez que o condenado desrespeite alguma das condições, bem como seja condenado por pena que não seja privativa de liberdade. Convém destacar que sendo o indivíduo condenado por crime doloso durante o período de prova, mesmo que a pena não seja privativa de liberdade, dever-se-á revogar o benefício, uma vez que se descumprirá um dos requisitos prévios à adoção do livramento.

3) **Suspensão cautelar:**

Afirma o art. 145 da Lei de Execução Penal:

Art. 145 da Lei de Execução Penal. Praticada pelo liberado outra infração, o Juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final.

Efeitos da revogação. Afirma o art. 88 do Código Penal:

Efeitos da revogação

Art. 88 do Código Penal. Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- 1) Como dito anteriormente, expedir-se-á ordem de prisão ao condenado;
- 2) O condenado não terá mais direito ao livramento este crime;
- 3) Como preveem os arts. 88, CP e 141, LEP, uma vez que o crime sentenciado tenha ocorrido anteriormente ao início do período de prova, não havendo, portanto, quebra de confiança, contar-se-á este período como tempo de pena cumprida, podendo se somar a pena restante àquela posteriormente sentenciada para nova concessão de livramento;
- 4) Porém, uma vez cometido o crime durante o período de prova, caracterizando, portanto, quebra de confiança, desconsiderar-se-á o período de livramento como sendo pena cumprida, não sendo possível a soma das penas para o recálculo referente ao livramento posterior.

Resume Cleber Masson:

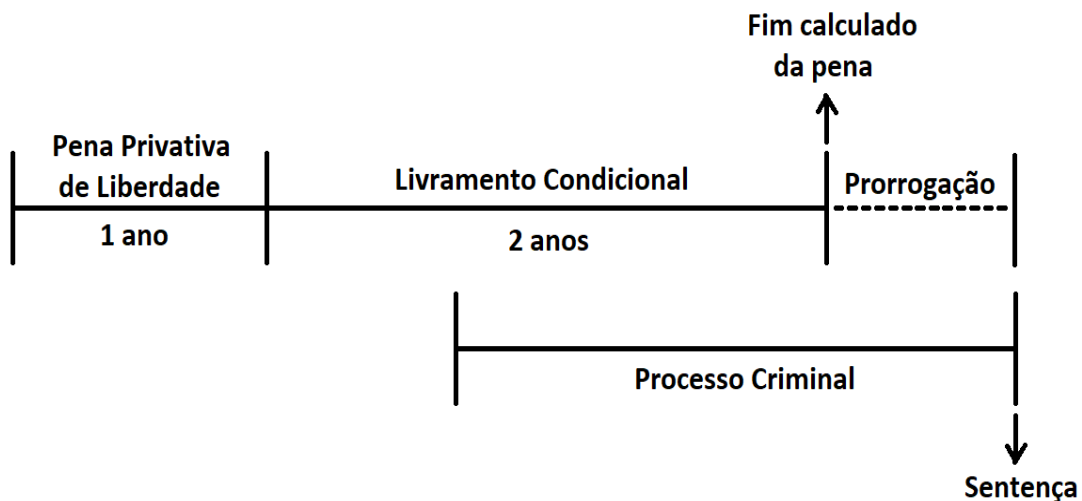
Efeitos “brandos” – não há quebra de confiança	Efeitos rigorosos – há quebra de confiança
Revogação do livramento, expedindo-se mandado de prisão	Idem
Perda do tempo em liberdade para fins de contagem do tempo de “prescrição de reincidência”	Idem
Perda de período de prova para o cômputo do prazo mínimo de obtenção de reabilitação criminal	Idem
Possibilidade de soma da pena referente à nova condenação com a condenação anterior para fins de obtenção de novo livramento	Impossibilidade de soma da nova condenação para efeitos de novo livramento sob o período total (novo livramento somente na nova condenação)
O tempo cumprido em liberdade (período de prova) é computado na pena a ser cumprida	Perda do tempo cumprido em liberdade para efeitos de desconto na pena

Prorrogação do período de prova. Afirma o art. 89 do Código Penal:

Art. 89 do Código Penal. O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como afirma Guaracy Moreira Filho, “com efeito, a prática de nova infração durante o período do livramento condicional importa prorrogação do período de prova que será revogado na hipótese de sentença condenatória. Deve-se, assim, aguardar a decisão definitiva do processo: sendo o réu condenado, revoga-se o livramento; absolvido, declara-se extinta a pena privativa de liberdade.”

Portanto:



Extinção da pena. Afirmam o art. 90 do Código Penal e art. 146 da Lei de Execução Penal:

Extinção

[...]

Art. 90 do Código Penal. Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 146 da Lei de Execução Penal. O Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade, se expirar o prazo do livramento sem revogação.

Como prevê o art. 90, CP, terminada a pena, não tendo o condenado revogado o livramento, será extinta a pena privativa de liberdade.

15. Comparação entre Sursis e Livramento Condicional

Diferenças. Segue a tabela:

Sursis	Livramento Condicional
Não há o cumprimento da pena, ou seja, não se inicia a fase de execução	O condenado deverá cumprir parte da pena, ou seja, inicia-se a fase de execução
No sursis simples, por exemplo, o período de prova é preestabelecido, durando de dois a quatro anos	O período de prova não tem tempo preestabelecido, durando o restante da pena do condenado
A concessão é feita na sentença ou, se não concedido nesta, no tribunal	O livramento é concedido na execução

Semelhanças. Segue os elementos:

- Ambos os institutos se destinam à condenados a uma pena privativa de liberdade;
- Em ambos os institutos para a concessão do benefício existem condições preestabelecidas;
- Ambos os institutos possuem período de prova.

16. Dos Efeitos da Condenação

Efeitos da condenação nas penas e medida de segurança. Os efeitos da condenação são divididos em duas categorias, quais sejam:

1) Efeitos principais:

Tem como efeito principal restringir a liberdade dos indivíduos imputáveis e submeter à medida de segurança os inimputáveis.

2) Efeitos secundários:

- a. A caracterização de reincidência, se cometido novo crime;
- b. Interrupção da prescrição quando houver reincidência, aumentando o prazo em 1/3;
- c. Revogação e impedimento da concessão do sursis, bem como do livramento condicional;
- d. Gera a revogação da reabilitação;
- e. Impede o reconhecimento do perdão judicial em certos crimes, como a receptação culposa (Art. 180, § 3º e §5º, CP¹³).

Tipos. Afirmam os arts. 91 e 92 do Código Penal:

Efeitos genéricos e específicos

Art. 91 do Código Penal. São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§1º. Poderá ser declarada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. (Incluído pela Lei nº12.694, de 2012)

§2º. Na hipótese do §1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda. (Incluído pela Lei nº12.694, de 2012)

Art. 92 do Código Penal. São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

¹³ **Art. 180, §3º, do Código Penal.** Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.

Art. 180, §5º, do Código Penal. Na hipótese do §3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena...

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 13.715, de 2018)

III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

1) Efeitos genéricos:

a. Segundo o Código Penal:

Efeitos genéricos são aqueles automáticos, ou seja, decorrem da própria natureza da sentença condenatória, isto é, uma vez aplicada a sentença, ocorrerá o efeito, independentemente do crime, não sendo necessário, assim, pronunciamento oficial por parte do juiz.

Sigamos os incisos:

I. O condenado será obrigado a indenizar o dano causado pelo crime. Neste caso, segundo o art. 387, IV, CPP, o juiz fixará o valor mínimo em matéria de indenização para a reparação dos danos causados.

Art. 387 do Código de Processo Penal. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

II. Perda em favor da União, salvo o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

- a) Instrumentos do crime, constituindo a fabricação, alienação, uso, porte ou detenção por meio de fato ilícito – ou seja, se o condenado, por exemplo, estivesse portando na execução do crime uma arma de fogo provida mediante meio ilícito, a mesma seria entregue ao Estado;
- b) Do produto do crime ou qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Segundo Guaracy Moreira Filho:

A reparação do dano se dá com a restituição e pela indenização. Na primeira deve ocorrer a devolução da coisa no estado em que se encontrava, ou, se houve desvalorização, indenizando a respectiva diferença. Feu Rosa ensina que a coisa poderá ser restituída, ainda que se encontre em poder de terceiros de boa-fé, a quem ficará reservado o direito de ação regressiva. Nos crimes contra a honra a restituição se dá pela publicação da sentença, gratuitamente, no mesmo jornal em que foi o ataque; ou pela divulgação, por intermédio de rádio ou televisão, no mesmo horário e pela mesma forma de ofensa que deu origem à condenação. Pela indenização a reparação se verifica pelo pagamento de todos os prejuízos materiais ou passíveis de avaliação material, causados à vítima, a sua família ou a terceiros em decorrência de delito.

b. Segundo a Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06):

Afirma o art. 63, *caput*, desta Lei:

Art. 63 da Lei de Tóxicos. Ao proferir a sentença do mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, sequestrado ou declarado indisponível.

c. Propriedade Rural ou Urbana:

Afirma o art. 243 da Constituição Federal:

Art. 243 da Constituição Federal. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

d. Em relação aos direitos políticos:

Afirma o art. 15, III, da Constituição Federal:

Art. 15 da Constituição Federal. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

e. Segundo a Consolidação das Leis do Trabalho:

Afirma o art. 482, d, da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;

f. Segundo o Código de Trânsito Brasileiro:

Afirma o art. 160 do Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 160 do Código de Trânsito Brasileiro. O condutor condenado por delito de trânsito deverá ser submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo CONTRAN, independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença.

§1º. Em caso de acidente grave, o condutor nele envolvido poderá ser submetido aos exames exigidos neste artigo, a juízo da autoridade executiva estadual de trânsito, assegurada ampla defesa ao condutor.

§2º. No caso do parágrafo anterior, a autoridade executiva estadual de trânsito poderá apreender o documento de habilitação do condutor até a sua aprovação nos exames realizados.

g. Segundo a Lei de Falência (Lei de 11.101/05):

Afirma o art. 181 da Lei de Falência:

Art. 181 da Lei de Falência. São efeitos da condenação por crime previsto nesta Lei:

I – a inabilitação para o exercício de atividade empresarial;

II – o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a este Lei;

III – a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

§1º. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença, e perdurarão até 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade, podendo, contudo, cessar antes pela reabilitação penal.

§2º. Transitada em julgado a sentença penal condenatória, será notificado o Registro Público de Empresas para que toma as medidas necessárias para impedir novo registro em nome dos inabilitados.

2) Efeitos específicos:

Efeitos específicos são aqueles não automáticos, ou seja, é necessário que o juiz declare expressamente a adoção de tal efeito, incidindo, portanto, somente em alguns crimes.

São os efeitos, de acordo com o CP:

- I. Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:
 - a) Quando incidir em crimes de abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, sendo a pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano;

Neste caso, é a violação do dever funcional ou o abuso de poder praticado por agente público, sendo considerado o exercício de mandato eletivo um cargo público¹⁴.

- b) Quando aplicada a pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos – qualquer que seja o crime;

II. Incapacidade para o exercício de pátrio poder (poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos contra a vida, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra o filho, tutelado ou curatelado. Neste caso, são requisitos para tal aplicação:

- a) Crime praticado contra o filho, tutelado ou curatelado;
 - b) Se tratando de crime doloso;
 - c) Punido com reclusão;
 - d) Sendo a medida absolutamente necessária, ante à gravidade dos fatos.

“Crimes dolosos como o estupro cometido pelo pai contra a filha ou do tutor contra a tutelada, a mãe que favorece a prostituição da filha, o curador que se apropria dos bens do curatelado etc. “

III. Inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

¹⁴ São crimes contra a administração pública (Código Penal – Dos Crimes Contra a Administração Pública – Título XI):

- 1) Arts. 312 e 313: Peculato;
- 2) Art. 313-A: Inserção de dados falsos em sistema de informações;
- 3) Art. 313-B: Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações;
- 4) Art. 314: Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento;
- 5) Art. 315: Emprego irregular de verbas ou rendas públicas;
- 6) Art. 316: Concussão;
- 7) Art. 316, §§1º e 2º: Excesso de exação;
- 8) Art. 317: Corrupção passiva;
- 9) Art. 318: Facilitação de contrabando ou descaminho;
- 10) Art. 319 e 319-A: Prevaricação;
- 11) Art. 320: Condescendência criminosa;
- 12) Art. 321: Advocacia administrativa;
- 13) Art. 322: Violência arbitrária;
- 14) Art. 323: Abandono de função;
- 15) Art. 324: Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado;
- 16) Art. 325: Violação de sigilo funcional;
- 17) Art. 326: Violação de sigilo de proposta de concorrência;
- 18) Art. 327: Definição de funcionário público.

3) Efeitos híbridos:

a. No Código Penal:

Segundo o art. 218-B, §3º, do Código Penal:

Art. 218-B do Código Penal. Submeter, induzir, atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

[...]

§2º. Incorre nas mesmas pena: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

[...]

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§3º. Na hipótese do inciso II do §2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

b. Segundo o Código Civil:

Afirma o art. 1.521, VII, do Código Civil:

Art. 1.521 do Código Civil. Não podem casar:

[...]

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

c. Segundo a Constituição Federal:

Afirma o art. 55, VI, da Constituição Federal:

Art. 55 da Constituição Federal. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

17. Da Reabilitação

Introdução. Afirma Guaracy Moreira Filho:

Não são poucos os casos de ex-condenados que saem da prisão e recebem inúmeras propostas para retornar ao crime, mas nenhuma oportunidade para o trabalho digno. Mesmo cumprindo a pena continua a sofrer as consequências da condenação anterior. A sociedade, neste

aspecto, tem sua parcela de responsabilidade. É necessário romper, definitivamente, com o elitismo que sempre norteou nossa legislação e produzir leis que proíbam discriminações, não somente nos serviços públicos, mas também nos de natureza privada, dando aos ex-detentos a chance de competir no mercado de trabalho. O direito penal ao criar o instituto da reabilitação, no dizer de Ney Moura Teles, ‘se não eliminou, pelo menos diminuiu as consequências indesejáveis da condenação.

Definição. É o que afirma o art. 93 do Código Penal:

Reabilitação

Art. 93 do Código Penal. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Segundo o artigo 93, CP, a reabilitação é o instituto que tem como objetivo ocultar os dados referentes às condenações penais de determinado indivíduo, de modo a facilitar seu regresso na sociedade.

Convém salientar que as condenações não serão apagadas, mas, sim, apenas ocultadas em relação à população, facilitando o regresso à sociedade. Em relação ao Estado, porém, o indivíduo continuará com maus antecedentes e/ou reincidência.

A reabilitação poderá, segundo o parágrafo único do artigo anteriormente mencionado, atingir os efeitos referentes ao art. 92, exceto no caso dos incisos I e II.

Finalidade. A reabilitação tem como finalidade, portanto:

- 1) Ocultar os registros criminais;
- 2) Afastar os efeitos específicos da condenação (exceto no caso dos incisos I e II do art. 92 do Código Penal).

Requisitos. Afirma o art. 94 do Código Penal:

Art. 94 do Código Penal. A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogado, desde que o condenado: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

São, portanto, os requisitos:

- 1) A reabilitação poderá ser pedida, uma vez que tenha decorrido dois anos a contar da extinção da pena ou do término da sua execução, computando, inclusive, o tempo de período de prova do sursis ou do livramento condicional;
- 2) Ter o condenado domicílio no país nos últimos dois anos;
- 3) Demonstrar bom comportamento público e privado;
- 4) Tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre absoluta impossibilidade de fazê-lo até o dia do pedido ou demonstrar a renúncia da vítima ou ainda a novação da dívida.

Competência. Afirma o art. 743 do Código de Processo Penal:

Art. 743 do Código de Processo Penal. A reabilitação será requerida ao juiz da condenação, após o decurso de quatro ou oito anos, pelo menos, conforme se trate de condenado ou reincidente, contados do dia em que houver terminado a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, devendo o requerente indicar as comarcas em que haja residido durante aquele tempo.

Caso o juiz indefira, caberá apelação, segundo o art. 593, II, do Código de Processo Penal:

Art. 593 do Código de Processo Penal. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

[...]

II – das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior.

Neste caso, o processo partirá para o TJ. Uma vez indeferido neste Tribunal, caberá, novamente, apelação, porém segundo o art. 593, III, CPP:

Art. 593 do Código de Processo Penal. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

[...]

III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

Revogação da reabilitação. Afirma o art. 95 do Código Penal:

Art. 95 do Código Penal. A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Segundo o art. 95, CP, a revogação poderá ser revogada quando o indivíduo for condenado como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa, podendo o pedido ser feito pelo juiz de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público.

Concessão. Afirma o art. 202 da Lei de Execução Penal:

Art. 202 da Lei de Execução Penal. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instituir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Capítulo 14 – Das Medidas de Segurança

1. Introdução

Primeiramente, segundo o previsto no Código Penal de 1940, a medida de segurança era aplicada a todos os indivíduos considerados perigosos, sem que houvesse distinção. Segundo Rogério Grego, “durante a vigência do Código Penal de 1940, prevalecia entre nós o sistema do duplo binário, ou duplo trilho, no qual a medida de segurança era aplicada ao agente considerado perigoso, que havia praticado um fato previsto como crime, cuja execução era iniciada após o condenado cumprir a pena privativa de liberdade ou, no caso de absolvição, de condenação à pena de multa, depois de passada em julgado a sentença, conforme incisos I e II do art. 82 do Código Penal de 1940. “

Ou seja, como disse o doutrinador, anteriormente à reforma de 1984, através do sistema duplo binário¹⁵, o indivíduo poderia receber concomitantemente a pena e a medida de segurança.

Após a reforma de 1984 (Lei 7.209), o Direito Penal passa a adotar o Sistema Vicariante (substitutivo ou unitário), ou seja, não mais se poderia aplicar a pena e a medida de segurança numa mesma infração penal, sendo o indivíduo semi-imputável. Ou se aplicaria a pena ou se aplicaria a medida de segurança. Tal aplicação seria definida através de laudos médicos e sentenciada pelo Juiz como sendo a opção mais benéfica e protetora para o réu e para a sociedade.

Por exemplo, se tratando de reclusão, o agente inimputável ou semi-imputável seria submetido à medida de segurança em hospital de tratamento e custódia – manicômio judicial; em se tratando de crime apenado com detenção, o agente inimputável ou semi-imputável poderia ser submetido à tratamento ambulatorial.

¹⁵ **Sistema duplo binário.** Como afirma o professor Antonio José Eça:

“Até 1984, o cumprimento de ‘medidas de segurança versus penas’ estava sujeito ao chamado sistema ‘duplo binário’, isto é, as sanções poderiam ser duplas, pois o indivíduo, poderia recebê-las da seguinte maneira:

- 1) se imputável, lhe seria aplicada a pena correspondente;
- 2) se inimputável, seria aplicada medida de segurança e finalmente;
- 3) se semi-imputável, poderia receber uma pena que legalmente poderia ser diminuída (o próprio Código Penal rezava – e reza – assim), e, ao mesmo tempo, receber uma medida de segurança.”

Por exemplo, como diz o Código Penal de 1940 em seu art. 82, I, “Executam-se as medidas de segurança: depois de cumprida a pena privativa de liberdade”. Poder-se-ia, ainda, diminuir a pena de um a dois terços, caso o agente fosse considerado semi-imputável.

Tal Sistema perdeu o vigor após a reforma do Código Penal em 1984, uma vez que claramente atingia o chamado Princípio non bis in idem.

No entanto, a jurisprudência apresenta uma grande elasticidade em relação à decisão do Juiz. Mesmo a lei prevendo o disposto acima, o Juiz poderá decidir de maneira diversa, analisando, como dito anteriormente, os laudos médicos para o tratamento adequado do indivíduo para o benefício do mesmo.

2. Pena e Medida de Segurança

Segundo Damásio de Jesus, “constituem as duas formas de sanção penal. Enquanto a pena é retributiva-preventiva, tendendo atualmente a readaptar socialmente o delinquente, a medida de segurança possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais. “

Afirma Basileu Garcia, “ora, [...] as medidas de segurança não traduzem castigo. Foram instituídas ao influxo do pensamento da defesa coletiva, atendendo à preocupação de prestar ao delinquente uma assistência reabilitadora. À pena – acrescenta-se – invariavelmente se relaciona um sentimento de reprovação social, mesmo porque se destina a punir, ao passo que as medidas de segurança não se voltam a pública animadversão, exatamente porque não representam senão meios assistenciais e de cura do indivíduo perigoso, para que possa readaptar-se à coletividade. “

Por fim, esquematiza o prof. Carlos Paschoalik Antunes:

Pena	Medida de Segurança
A pena tem tríplice finalidade: prevenção, retribuição e ressocialização	A medida de segurança é essencialmente curativa, não se negando seu caráter penoso
Olha o passado	Olha o futuro
Baseia-se na culpabilidade	Trabalha com a periculosidade

3. Conceito de Medida de Segurança

Assim, utilizando-se do pensamento de Damásio de Jesus e Basileu Garcia, medida de segurança é um tipo de sanção penal cujo objetivo é a prevenção e o caráter curativo, visando “evitar que o autor de um fato havido como infração penal, imputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado”, como afirma Guilherme de Souza Nucci.

Ou seja, como bem menciona Daniel Martins de Barros, psiquiatra do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo, em artigo intitulado Loucura não é crime, aquele cujo crime decorre de distúrbio mental deverá ser submetido à tratamento médico, tendo como finalidade a cessação de periculosidade. Após a cessação da periculosidade o mesmo deverá ser liberado e, se assim definir o Juiz, continuar mediante tratamento ambulatorial.

4. Espécie de Medida de Segurança

Afirma o art. 96 do Código Penal:

Reabilitação

Art. 96 do Código Penal. As medidas de segurança são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como dito anteriormente, são duas as medidas de segurança: a medida detentiva e a medida restritiva.

Medida detentiva. Como prevê o art. 96, I, CP, o agente poderá ser submetido à internação em hospital de tratamento psiquiátrico e custódia – manicômio judicial. Como dito anteriormente, será aplicada em crimes punidos com reclusão – nestes casos o juiz deverá, sempre, aplicar a medida detentiva.

Medida restritiva. Segundo o art. 96, II, CP, o agente poderá ser submetido à tratamento ambulatorial. Como dito anteriormente, será aplicada em crimes punidos com detenção. Explica o professor Carlos Paschoalik Antunes, “se o crime do inimputável é reclusão, cabe a medida detentiva, internação em hospital de custódia e ponto final. Agora, se o crime que ele praticou é punido com detenção, aí pode ser a detentiva ou restritiva. Fica a critério do Juiz.”

5. Concessão

Afirma o art. 97 do Código Penal:

Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97 do Código Penal. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Portanto, existem dois pressupostos para a aplicação da medida de segurança:

- 1) Prática de um fato previsto como crime;
- 2) Comprovação da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente.

Comprovado esses dois pressupostos, mediante sentença absolutória imprópria, aplica-se a medida de segurança.

Observação. Comprovada a semi-imputabilidade do agente, segundo critério do Juiz, mediante análise dos laudos médicos, poder-se-á aplicar a pena privativa de liberdade (portanto primeiramente a sentença é condenatória), reduzindo-a de um a dois terços, segundo o parágrafo único do art. 26 do CP – nos casos de periculosidade real –, ou aplicando-se a medida de segurança – nos casos de periculosidade presumida ou absoluta.

Inimputáveis

Art. 26 do Código Penal. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

6. Prazo

Afirma o art. 97, §1º, do Código Penal:

Prazo

Art. 97, §1º, do Código Penal. A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Prazo máximo. Segundo o texto do Código, a medida de segurança, enquanto não for comprovada a cessação de periculosidade, não apresenta prazo máximo. Tal redação causou controvérsias entre os doutrinadores.

Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, de maneira individual, defende que tal medida é constitucional.

Afirma o doutrinador:

Como já exposto em capítulo anterior, muitos condenados a vários anos de cadeia estão sendo interditados civilmente, para que não deixem a prisão, por serem perigosos, padecendo de enfermidades mentais, justamente porque atingiram o teto fixado pela lei (30 anos). Ademais, apesar de seu caráter de sanção penal, a medida de segurança não deixa de ter o propósito curativo e terapêutico. Ora, enquanto não for devidamente curado, deve o sujeito submetido à internação permanecer em tratamento, sob custódia do Estado. Seria demasiado apego à forma transferi-lo de um hospital de custódia e tratamento criminal para outro, onde estão abrigados insanos interditados civilmente, somente porque foi atingido o teto máximo da pena correspondente ao fato criminoso praticado, como alguns sugerem, ou o teto máximo de 30 anos, previsto no art. 75, como sugerem outros.

De maneira contrária se posicionam a grande maioria dos doutrinadores, como bem expõe Rogério Greco:

Esse raciocínio levou parte da doutrina a afirmar que o prazo de duração das medidas de segurança não pode ser completamente

indeterminado, sob pena de ofender o princípio constitucional que veda a prisão perpétua, principalmente tratando-se de medida de segurança detentiva, ou seja, aquela cumprida em regime de internação, pois, segundo as lições de Zaffaroni e Pierangeli, não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo.

Dessa forma, conclui Cezar Roberto Bitencourt:

Começa-se a sustentar, atualmente, que a medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito, pois esse seria ‘o limite da intervenção estatal, seja a título de pena, seja a título de medida’, na liberdade do indivíduo, embora não prevista expressamente no Código Penal, adequando-se à proibição constitucional do uso da prisão perpétua.

André Copetti afirma:

É totalmente inadmissível que uma medida de segurança venha a ter uma duração maior do que a medida da pena que seria aplicada a um imputável que tivesse sido condenado pelo mesmo delito. Se no tempo máximo da pena correspondente ao delito o internado não recuperou sua sanidade mental, injustificável é a sua manutenção em estabelecimento psiquiátrico forense, devendo, como medida racional e humanitária, ser tratado como qualquer outro doente mental que não tenha praticado qualquer delito.

Seguindo a grande maioria dos doutrinadores, o STF – mediante RHC 100383, 1ª T., j. 18/10/2011 – e o STJ – mediante a Súmula 527 – entendem que o prazo máximo da medida de segurança não poderá ultrapassar o estabelecido no art. 75, CP.

Súmula nº 527 do Superior Tribunal de Justiça. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

Art. 75, caput, do Código Penal. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.

O texto do art. 97, §1º, CP é compatível com o da Constituição Federal? Como afirma o professor Carlos Paschoalík Antunes:

NÃO. O prazo de cumprimento da medida de segurança não pode ser ilimitado. Isso porque, conforme vimos acima, a medida de segurança é uma espécie de sanção penal e a CF/88 afirmou expressamente que, em nosso ordenamento jurídico não pode haver ‘penas de caráter perpétuo’ (art. 5º, XLVII). Quando a Constituição fala em ‘penas de caráter perpétuo’, deve-se interpretar a expressão em sentido amplo, ou seja, são proibidas sanções penais de caráter perpétuo, incluindo, portanto, tanto as penas como as medidas de segurança.

O que fazer?

O que fazer caso o prazo máximo de 30 anos seja atingido, porém os laudos médicos ainda indicarem alto grau de periculosidade?

Explica o professor Carlos Paschoalik:

... imagine que determinado agente está cumprindo medida de segurança e se atingiu o máximo do tempo permitido para cumprimento (30 anos, para o STF; máximo da pena, para o STJ). A perícia médica, contudo, indica que o agente continua com alto grau de periculosidade. O juiz, mesmo assim, terá que desinterná-lo. Existe alguma medida que poderá ser proposta pelo Ministério Público no caso? SIM. Neste caso, o Ministério Público ou os próprios familiares do agente poderão propor ação civil de interdição em face desse agente, cumulada com pedido de internação psiquiátrica compulsória.

Prazo mínimo. Uma vez comprovada a imputabilidade e aplicada a medida de segurança, o Juiz deverá estabelecer como prazo mínimo para o primeiro exame de cessação de periculosidade de um a três anos, detraindo-se o tempo em que o indivíduo permaneceu internado anteriormente ao estabelecimento do prazo.

Exames de cessação de periculosidade. Afirmo o art. 97, §2º, do Código Penal:

Perícia médica

Art. 97, §2º, do Código Penal. A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como afirma o art. 97, §2º do CP, uma vez realizado o primeiro exame de periculosidade o mesmo deverá ser realizado anualmente, ou a qualquer tempo, se assim for determinado pelo Juiz da execução.

Convém citar, ainda, o art. 176, LEP, cujo texto prevê:

Art. 176 da Lei de Execução Penal. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

Convém, antes de encerrarmos este tópico, citarmos o direito do condenado em contratar serviços médicos particulares para a análise de sua condição psicológica, servindo esta para a decisão judicial.

Tal direito é previsto pelo art. 43, LEP:

Art. 43 da Lei de Execução Penal. É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução.

7. Desinternação ou Liberação Condicional

Afirma o art. 97, §3º, do Código Penal:

Desinternação ou liberação condicional

Art. 97, §3º, do Código Penal. A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A liberação condicional, como prevê o art. 97, § 3º, CP, será concedida pelo Juiz, uma vez que se comprove a não mais necessidade de o indivíduo permanecer internado em hospital de tratamento e custódia, seja por total recuperação ou possibilidade da continuação do tratamento mediante vias ambulatoriais.

Porém, como afirma o nome deste instituto, o indivíduo permanece livre de maneira condicional. Deve-se atentar para o disposto no art. 178, LEP que prevê condições que podem ser impostas pelo Juiz da execução.

Art. 178 da Lei de Execução Penal. Nas hipóteses de desinternação ou de liberação (artigo 97, §3º, do Código Penal), aplicar-se-á o disposto nos artigos 132 e 133 desta Lei.

Art. 132 da Lei de Execução Penal. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§1º. Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro do prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

§2º. Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não frequentar determinados lugares.
- d) (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 133 da Lei de Execução Penal. Se for permitido ao liberado residir fora da comarca do Juízo da execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento ao Juízo do lugar para onde ele se houver transferido e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção.

Caso o indivíduo viole alguma das condições estabelecidas pelo Juiz dentro do prazo de um ano, revogar-se-á o livramento, retornando o indivíduo ao hospital de tratamento e custódia ou ao tratamento ambulatorial.

Como afirma Alberto Silva Franco:

A revogação das medidas de segurança, decorrente do reconhecimento da cessação da periculosidade, é provisória. Se no ano seguinte à desinternação ou à liberação o agente praticar algum fato indicativo de que continua perigoso, será restabelecida a situação anterior (internação ou sujeição a tratamento ambulatorial). Não é necessário que o fato constitua crime; basta que dele se possa induzir periculosidade. Como fatos dessa natureza podem-se citar, por exemplo, o descumprimento das condições impostas, o não comparecimento ao local indicado para tratamento psiquiátrico ou a recusa do tratamento etc.

Portanto, resumindo, será concedido o livramento àquele cujo laudo médico comprovarem a não mais necessidade da internação, ficando submetido o indivíduo ao tratamento ambulatorial, apenas, ou, se comprovado, à total liberdade devido à total recuperação. O período de prova será de um ano. Uma vez que o agente cometa qualquer ato que indique o retorno da periculosidade, não sendo necessário o cometimento de um crime, o livramento é revogado e o mesmo retornará ao tratamento anteriormente efetuado (internação ou tratamento ambulatorial). Uma vez que o agente não cometa nenhuma infração, considera-se extinta a periculosidade do agente de fato.

8. Reinternação do Agente

Afirma o art. 97, §4º, do Código Penal:

Art. 97, §4º, do Código Penal. Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como afirma o art. 97, §4º, CP, estando em qualquer fase do tratamento, o Juiz poderá, mediante comprovação de tal medida, decretar que o indivíduo retorne à condição de internação para fins curativos.

A internação poderá ser comprovada, por exemplo, pela falta de eficiência dos demais meios de cessação de periculosidade.

9. Conversão da Pena Privativa de Liberdade em Medida de Segurança

Imputável. Imaginem a seguinte situação: o indivíduo imputável é condenado, porém durante a execução da pena o mesmo passa a apresentar distúrbios mentais.

Nesta situação o mesmo passará por um exame psicológico.

1) Primeira hipótese:

Uma vez feito o exame psicológico e constatado o caráter temporário/transitório do distúrbio, o Juiz deverá aplicar o disposto no art. 41, CP, ou seja, o indivíduo será recolhido ao hospital de tratamento e custódia – manicômio judicial, passando por tratamento, isto é, converte-se a pena privativa de liberdade em medida de segurança. Curado o transtorno a pena será novamente convertida em privativa de liberdade, retornando o indivíduo para a unidade prisional:

Superveniência de doença mental

Art. 41 do Código Penal. A O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

2) Segunda hipótese:

Caso o transtorno/ distúrbio seja permanente/ definitivo, a pena privativa de liberdade deverá ser permanentemente convertida em medida de segurança. Ou seja, neste caso aplicar-se-á o disposto no art. 97, CP.

Porém, por quanto tempo a medida de segurança, neste caso, poderá ser mantida?

Há quatro posicionamentos:

- a) Por prazo indeterminado – Art. 97, §1º, CP;
- b) Durará o tempo da pena privativa de liberdade (detraindo-se o tempo já cumprido). Se ao fim do tempo da pena o indivíduo continuar apresentando distúrbio, o Ministério Público deverá, assim como dito anteriormente, entrar com uma ação civil de interdição, mantendo o indivíduo internado sob custódia da vara cível;
- c) A medida de segurança, neste caso, somente poderá durar o prazo estabelecido no art. 75, CP, ou seja, 30 anos;
- d) A medida de segurança deverá durar o tempo máximo estabelecido no tipo penal cometido pelo agente, anteriormente à superveniência do distúrbio mental. Por exemplo, tendo cometido o crime de roubo e, posteriormente, durante a execução da pena, ter desenvolvido distúrbio mental permanente, o indivíduo somente poderá ser submetido à medida de segurança pelo tempo máximo de dez anos, ou seja, o tempo máximo de pena estabelecido no tipo penal roubo – Art. 157, caput, CP.

3) Semi imputável:

Afirma o art. 98 do Código Penal:

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 98 do Código Penal. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como vimos, em relação ao semi-imputável o Juiz, mediante análise dos quadros psicológicos do mesmo, poderá estabelecer a pena privativa de liberdade ou a medida de segurança. Uma vez estabelecida a pena privativa de liberdade, a qualquer momento, mediante comprovação e fundamentação do Juiz, poder-se-á converter a pena privativa de liberdade pela medida de segurança para fins curativos do indivíduo.

Como bem fundamento o prof. Damásio de Jesus:

O sentido da expressão 'pode' não significa puro arbítrio, simples faculdade judicial, em termos de que o juiz 'pode' aplicar uma ou outra medida (pena reduzida ou medida de segurança) sem qualquer fundamentação. A expressão deve ser entendida no sentido de que a lei confere ao juiz a tarefa de, apreciando as circunstâncias do caso concreto em face das condições exigidas, aplicar ou não uma das sanções. Assim, ele 'pode', diante do juízo de apreciação, aplicar a medida de segurança se presentes os requisitos; ou deixar de fazê-lo, se ausentes, impondo a pena.

Como afirma o Prof. Rogério Greco:

As colocações que devem ser feitas são as seguintes: o semi-imputável foi condenado; foi-lhe aplicada uma pena; agora, em virtude da necessidade de especial tratamento curativo, pois que a sua saúde mental encontra-se perturbada, a pena privativa de liberdade a ele aplicada poderá ser substituída pela internação ou pelo tratamento ambulatorial.

Convertendo-se a pena privativa de liberdade do semi-imputável em medida de segurança, aplicar-se-á o disposto no art. 97, CP e seus parágrafos (§§ 1º ao 4º).

10. Direitos do Internado

Afirma o art. 99 do Código Penal:

Direitos do internado

Art. 99 do Código Penal. O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como bem explica o Prof. Rogério Greco:

O art. 3º da Lei de Execução Penal assegura ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei, sendo que o art. 99 do Código Penal, com a rubrica correspondente aos direitos do internado, diz que este será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.

Isso significa que aquele a quem o Estado aplicou medida de segurança, por reconhecê-lo inimputável, não poderá, por exemplo, recolhê-lo a uma cela de delegacia policial, ou mesmo a uma penitenciária em razão de não haver vaga em estabelecimento hospitalar próprio, impossibilitando-lhe, portanto, o início de seu tratamento.

Nesse sentido, já decidiu o STJ: ‘Viola o princípio da individualização da pena, cujo espectro de incidência é ampliado, teleologicamente, para englobar a medida de segurança, a segregação, em penitenciária, de inimputável que aguarda vaga em hospital de custódia para receber tratamento em regime de internação’ (STJ, HC 300.976/SP, Rel. Min. Ericson Maranhão – desembargador convocado do TJSP, 6ª T., DJE 16/03/2015).

É o texto do art. 3º da Lei de Execução Penal:

Art. 3º da Lei de Execução Penal. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Segundo o Prof. Júlio Fabbrini Mirabete:

Constitui constrangimento ilegal sanável inclusive pela via do habeas corpus o recolhimento de pessoa submetida a medida de segurança em presídio comum. Na absoluta impossibilidade, por falta de vagas, para a internação, deve-se substituir o internamento pelo tratamento ambulatorial.

11. Extinção da Punibilidade

Por exemplo, em crimes cometidos por indivíduo imputáveis, passado o período estipulado para a acusação do mesmo, ou seja, prescrito período válido para a acusação do indivíduo, extingue-se a punibilidade, não podendo mais acusá-lo por aquele crime.

Tal prescrição é prevista pelo art. 109, CP:

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109 do Código Penal. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no §1º do art. 110¹⁶ deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)

¹⁶ **Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória**

Art. 110 do Código Penal. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)

§2º. (Revogado) (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)

I – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II – em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não exceda a doze;

III – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro e não exceda oito;

IV – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede quatro;

V – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não exceda dois;

VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)

Segundo entendimento do STJ (STJ, HC 145.510/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 7/2/2011), citando decisão do STF:

1. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o instituto da prescrição é aplicável na medida de segurança, estipulando que esta ‘é espécie do gênero sanção penal e se sujeito, por isso mesmo, à regra contida no art. 109 do Código Penal’ (RHC nº 86.888/SP, Rel. Min. Eros Grau, 1ª T., DJ 2/12/2005).

Portanto, sendo “espécie do gênero sanção penal”, a prescrição e, portanto, extinção da punibilidade da medida de segurança ficarão submetidas ao previsto no art. 109, CP.

Capítulo 15 – Ação Penal

1. Conceito de Ação

Afirma o Prof. Tornaghi:

O conceito de ação pode ser facilmente entendido. Quem contempla a atividade processual vê o exercício: de um direito do autor: direito de exigir a proteção do Estado ou direito de ação; de um poder jurídico do Estado sobre o autor e réu: poder de jurisdição; de um direito do réu: direito de defesa.

É a definição do Dicionário Jurídico Acquaviva:

Invocação formal de uma pretensão, objetivamente tutelada pela lei, perante o Poder Judiciário. Citado pelo processualista uruguaio E. J. Couture, o art. 240 do CPC do Uruguai define: ‘Ação é o meio legal de pedir judicialmente o que é nosso ou o que nos é devido. ‘ Para Celso, a ação era o direito de pedir, em juízo, a satisfação de um interesse: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, in iudicio persequendi*. No que diz Muther, a ação consiste apenas no direito à tutela do Estado, na defesa de um interesse, direito subjetivo público distinto de um eventual direito concreto ou direito material.

Afirma Rogério Greco:

É a ação, portanto, seja civil ou penal, um direito subjetivo público de se invocar do Estado-Administração a sua tutela jurisdicional, a fim de que decida sobre determinado fato trazido ao seu crivo, trazendo de volta a paz social, concedendo ou não o pedido aduzido em juízo.

2. Conceito de Ação Penal

Ainda segundo Rogério Greco:

A ação penal condenatória tem por finalidade apontar o autor da prática de infração penal, fazendo com que o Poder Judiciário analise os fatos por ele cometidos, que deverão ser claramente narrados na peça inicial de acusação, para que, ao final, se for condenado, seja aplicada uma pena justa, isto é, proporcional ao mal por ele produzido.

Segundo Aloysio de Carvalho Filho:

Ação penal significa, pois, o exercício de uma acusação, que indica o autor de determinado crime, responsabilizando-o, e pedindo, para ele, a punição prevista em lei.

Ou seja, a ação penal é o jus puniendi (“direito de punir”) do Estado que, mediante pedido judicial, encaminhará o fato ao Poder Judiciário que, mediante análise do caso concreto, imporá ao indivíduo a pena mais adequada ao ato cometido (subjunção).

Resumindo, segundo o Prof. Carlos Paschoalik Antunes, ação penal “é o direito de pedir a tutela jurisdicional relacionada a um caso concreto.”

3. Natureza Jurídica da Ação Penal

Segundo o Prof. Carlos Paschoalik Antunes, são quatro as características relacionadas à natureza jurídica da ação Penal.

Direito público. Convém aderirmos à explicação do Professor ao pé da letra. Portanto, “a atividade jurisdicional que se pretende provocar é de natureza pública. Por isso é que tecnicamente, a expressão ‘ação penal privada’ estaria errada. Isso porque a ação penal não é privada. É pública. Daí melhor dizer ação penal de iniciativa privada. Com isso, você demonstra ao examinador que tem consciência de que a ação penal é um direito público, pois se dirige ao Estado, exigindo dele a prestação jurisdicional.”

Direito subjetivo. Todo e qualquer indivíduo poderá, se comprovada a infração penal, exigir do Estado a proteção jurisdicional.

Direito autônomo. Não se pode confundir o Direito Autônomo com o Direito Material. O primeiro fundamenta-se na simples ação de exigir a tutela jurisdicional do Estado; enquanto a segundo relaciona-se com a matéria posta em questão, no caso o deferimento em favor ou contra o autor da ação.

Direito abstrato. A ação penal “independe da procedência ou improcedência do pedido.”

4. Condições Genéricas da Ação

O Prof. Rogério Greco define quatro condições para que a ação seja legítima. “Para que o Estado possa conhecer e julgar a pretensão deduzida em juízo, será preciso que aquele que invoca o seu direito subjetivo à tutela jurisdicional preencha determinadas condições, sem as quais a ação se reconhecerá natimorta, ou seja, embora já exercitada, não conseguirá alcançar a sua finalidade, pois perecerá logo após o seu exercício.”

Legitimidade das partes. A legitimidade da ação penal é expressamente determinada pela lei (art. 100, §§ 1º ao 4º), podendo ser o Ministério Público, órgão acusador oficial, ou o particular.

Segundo o Prof. Carlos Paschoalik Antunes:

No processo penal, uma coisa é a legitimidade no polo ativo, outra é a legitimidade no polo passivo. Polo ativo: MP na ação penal pública e o querelante na ação penal de iniciativa privada; polo passivo: provável autor do delito maior de 18 anos (o direito penal tem essa especificidade).

Como bem explica Vicente Greco Filho:

A cada um de nós não é permitido propor ações sobre todas as lides que ocorrem no mundo. Em regra, somente podem demandar aqueles que

forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo. Cada um deve propor as ações relativas aos seus direitos. Salvo casos excepcionais expressamente previstos em lei, quem está autorizado a agir é o sujeito da relação jurídica discutida. Assim, quem pode propor ação de cobrança de um crédito é o credor, quem pode propor a ação de despejo é o locador, quem pode pleitear a reparação do dano é aquele que o sofreu.

Interesse de agir. Como afirma o Prof. Rogério Greco:

O interesse de agir, no processo penal, decorre da necessidade de ter o titular da ação penal que se valer do Estado para que este conheça e, se for convencido da infração penal, condene o réu ao cumprimento de uma pena justa.

Neste tópico a doutrina da teoria geral do processo costuma dividir o interesse de agir em um binômio (outros falam em trinômio): necessidade, adequação e utilidade.

1) Necessidade:

No Processo Civil: um indivíduo bate no meu carro e, no mesmo momento, entrega-me o dinheiro referente ao reparo do carro. Não há a necessidade de ação.

No Processo Penal: um indivíduo se envolve com tráfico de drogas e, após isso, apresenta-se na penitenciária, pedindo que o deixem entrar. Não é possível, uma vez que o Processo Penal segue o chamado *due process of law*, além do princípio *nulla poena sine iudicio* – princípio previsto no art. 5º, LIV, CRFB¹⁷ –, ou seja, o indivíduo não poderá ser condenado antes de passar pelo devido processo legal, isto é, somente poderá ser encaminhado à penitenciária na fase da execução da pena, uma vez que se tenha uma acusação contra ele e que o Poder Judiciário tenha decidido contra esse indivíduo, sentenciando-o ao cumprimento da pena.

2) Adequação:

Afirma o Prof. Carlos Paschoalik:

Se eu Carlos entro com ação penal contra você e peço aplicação da pena de morte, o juiz deve rejeitar a denúncia? Não. No processo penal, isso não é relevante. O juiz pode corrigir a adequação que você fez. ‘A adequação não é discutida no processo penal, pois, o acusado se defende dos fatos e não da classificação a eles atribuída pelo titular da ação penal.

3) Utilidade:

“Consiste na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor.’ Utilidade é você perguntar: será que esse processo penal será útil para satisfazer a pretensão punitiva do Estado?”

¹⁷ **Art. 5º da Constituição Federal.** Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Possibilidade jurídica do pedido. Segundo Vicente Greco Filho:

A possibilidade jurídica do pedido consiste na formulação de pretensão que, em tese, existia na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado.

Afirma o Prof. Carlos Paschoalik Antunes:

MP oferece denúncia contra um menor de 18 anos para que seja condenado pela prática do crime 213. Eu posso impor pena privativa de liberdade ao menos de 18 anos pela prática de um crime? Não. Então, o pedido que estou formulando não encontra amparo no ordenamento jurídico. A denúncia é rejeitada por ausência de uma condição de ação penal.

Justa causa. Segundo Rogério Greco:

Justa causa, aqui, quer dizer um lastro probatório mínimo que dê suporte aos fatos narrados na peça inicial de acusação.

5. Condições Específicas da Ação

As condições específicas, como o próprio nome diz, somente estarão presentes em algumas hipóteses.

São condições específicas da ação:

- 1) Representação do ofendido;
- 2) Requisição do Ministro da Justiça;
- 3) Laudo pericial nos crimes contra a propriedade imaterial (violação de direitos autorais) – só posso oferecer essa denúncia de posse do laudo;
- 4) Condição de militar no crime de deserção.

6. Espécies de Pena

Afirma o art. 100 do Código Penal:

Ação pública e de iniciativa privada

Art. 100 do Código Penal. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representa-lo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§3º. A ação de iniciativa privada pode internar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§4º. No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Portanto, as ações penais são especificadas de acordo com a titularidade da ação. Assim, são duas as ações penais: Ação Penal Pública e Ação Penal de Iniciativa Privada.

6.1. Ação Penal Pública

Como afirma ao art. 100, §1º, CP, as ações penais públicas são promovidas pela denúncia do órgão oficial, ou seja, do Ministério Público, tendo o promotor o papel de dominus litis, isto é, o promotor é o responsável pelo processo/ ação, além de possuir a função de custos legis, em outras palavras, fiscal da lei.

São duas as ações penais públicas:

Ação penal pública incondicionada. É a regra geral do Código Penal – como prevê o art. 100, CP –, aplicando-se onde o mesmo não especifica o tipo de ação penal. Neste tipo de ação o Ministério Público não apresenta qualquer condição preestabelecida, podendo entrar com a denúncia, uma vez que o promotor apresente opinio delicti, mesmo que a vítima não seja favorável ao processo.

Podemos citar como exemplo o Título I, Capítulo I da Parte Especial do Código Penal (arts. 121 ao 128).

Segundo o Prof. Guilherme de Souza Nucci:

Dois são os princípios que podem reger a acusação: 1º) obrigatoriedade, estipulando que é indispensável a propositura da ação, quando há provas suficientes a tanto e inexistindo obstáculos para a atuação do órgão acusatório. É o sistema italiano. Admitir critério da oportunidade, sustentam os partidários desta posição, seria fazer a voz do Ministério Público substituir a do legislador. No Brasil, quando a lei não dispuser em sentido contrário, vigora o princípio da obrigatoriedade. Provas disso: a) a autoridade policial deve agir quando sabe de um crime (art. 6.º, CPP); b) a omissão na comunicação de crimes, no exercício da função pública, é contravenção (art. 66, LCP); c) o arquivamento do inquérito é controlado pelo juiz (art. 28, CPP); d) há indisponibilidade da ação penal (art. 42, CPP) e do recurso interposto (art. 576, CPP); 2.º) oportunidade, significando que é facultativa a propositura da ação penal, quando cometido um fato delituoso. Com base nesse critério, há uma verificação discricionária da utilidade da ação, sob o ponto de vista do interesse público. É o sistema francês e alemão (em certos casos). Como já ressaltado, adota-se, no Brasil, o princípio da obrigatoriedade, querendo dizer que o Ministério Público é o dominus litis, mas não é o dono da ação penal, ou seja, é o titular da ação penal, embora deva sempre promovê-la no prazo legal.

Como afirma o art. 27, CPP:

Ar. 27 do Código de Processo Penal. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Ação penal pública condicionada. Neste tipo de ação penal, o Código, expressamente, informa que somente se poderá iniciar o processo, uma vez que haja a autorização ou consentimento do ofendido ou do Ministro da Justiça, de acordo com o caso.

1) Representação do ofendido:

Como mencionado anteriormente, a representação do ofendido se dará, por exemplo, no crime de lesão corporal leve e culposa – norma alterada pelo art. 88 da lei 9.099/95. Para que a ação penal possa ser feita nesses tipos de crime, é necessário que o ofendido autorize ou consinta o prosseguimento do processo por parte do Ministério Público.

Cabe salientar, ainda, que, segundo o art. 103, CP, uma vez tendo conhecimento do autor do crime, o ofendido terá seis meses para autorizar a representação.

Art. 88 da Lei 9.099/95. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

2) Requisição do Ministro da Justiça:

Tal requisito somente ocorrerá a partir do disposto no art. 145, parágrafo único, do Código Penal:

Art. 145, parágrafo único, primeira parte, do Código Penal. Procede-se mediante requisição do Ministério da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código...

Disposições comuns

Art. 141 do Código Penal. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I – contra o Presidente da República, ou contra o chefe de governo estrangeiro.

Princípios que regem a ação penal pública. Segundo Rogério Greco, são cinco os princípios que regem a ação penal pública:

1) Princípio da obrigatoriedade ou legalidade:

“O princípio da obrigatoriedade ou da legalidade traduz-se no fato de que o Ministério Público tem o dever de dar início à ação penal desde que o fato praticado pelo agente seja, pelo menos em tese, típico, ilícito e culpável, bem como que, além das condições genéricas do regular exercício do direito de ação, exista, ainda, justa

causa para a sua propositura, ou seja, aquele lastro probatório mínimo que dê sustento aos fatos alegados na peça inicial de acusação. “

2) Princípio da oficialidade:

“O princípio da oficialidade nas ações penais de iniciativa pública significa que a persecutio criminis in judicio será procedida por órgão oficial, qual seja, o Ministério Público, pois, segundo o inciso I do art. 129 da Constituição Federal, compete-lhe, no rol de suas funções institucionais, promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. “

Art. 129 da Constituição Federal. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

3) Princípio da indisponibilidade:

“Pelo princípio da indisponibilidade fica vedado ao órgão oficial encarregado de promover a ação penal – ou seja, o Ministério Público – desistir da ação penal por ele iniciada.”

4) Princípio da indivisibilidade:

“O princípio da indivisibilidade determina que se a infração penal foi praticada em concurso de pessoas, todos aqueles que para ela concorreram devem receber o mesmo tratamento, não podendo o Ministério Público escolher a quem acionar. Como bem observado por Tourinho Filho, ‘a indivisibilidade da ação penal é uma consequência lógica do princípio da obrigatoriedade ou legalidade.’”

5) Princípio da intranscendência:

“Em virtude do princípio da intranscendência, a ação penal somente deve ser proposta em face daqueles que praticaram a infração penal, não podendo atingir pessoas estranhas ao fato criminoso. “

6.2. Ação Penal de Iniciativa Privada

Como afirma Frederico Marques:

Ação penal privada é aquela em que o direito de acusar pertence exclusivamente ou subsidiariamente, ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo. Ela se denomina ação privada, porque seu titular é um particular, em contraposição à ação penal pública, em que o titular do ius actionis é o órgão estatal: o Ministério Público.

Neste caso, diferentemente da ação penal pública, não já denúncia, mas, sim, queixa-crime.

São três os tipos de ação penal de iniciativa privada:

Ação penal de iniciativa privada propriamente dita. Este tipo de ação penal somente poderá ocorrer na incidência de calúnia (art. 138, CP), difamação (art. 139, CP) e injúria (art. 140, CP).

Art. 138 do Código Penal. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§1º. Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§2º. É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§3º. Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Art. 139 do Código Penal. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Art. 140 do Código Penal. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

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

§1º. O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§2º. Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§3º. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

Ação penal de iniciativa privada personalíssima. Somente ocorrerá na incidência do crime previsto pelo art. 236, CP – induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento:

Art. 236 do Código Penal. Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

Ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública. Ocorre segundo o previsto no art. 100, §3º, CP – “A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. “

Princípios que regem a ação penal de iniciativa privada. São os princípios:

- 1) **Princípio do *ne procedat iudex ex officio*** – não existe ação penal de ofício;
- 2) **Princípio do *ne bis in idem*** – ninguém pode ser processado duas vezes pela mesma imputação;
- 3) **Princípio da Intranscendência** – a ação penal só pode ser proposta contra o provável autor do delito;
- 4) **Princípio da Oportunidade ou Conveniência** – este princípio se aplica à ação penal de iniciativa privada. Mediante critérios de oportunidade ou conveniência, o ofendido pode optar pelo oferecimento ou não da queixa;
- 5) **Princípio da Disponibilidade** – o querelante pode dispor da ação penal privada mediante: perdão do ofendido e perempção com extinção da punibilidade e desistência da ação;
- 6) **Princípio da Indivisibilidade** – o processo de um obriga ao processo de todos.

7. Irretratabilidade da Representação, a Renúncia Expressa e Tácita do Direito de Queixa e a Decadência do Direito de Queixa ou de Representação

Irretratabilidade da representação. Afirma o art. 102 do Código Penal:

Irretratabilidade da representação

Art. 102 do Código Penal. A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Em se tratando de representação, tal irretratabilidade somente poderá ocorrer em ações penais públicas condicionadas, uma vez que é necessário o pedido de representação por parte do Ministério Público. Assim, não se poderá retratar a autorização da representação do Ministério Público após a efetuação da ação penal

pública por parte do mesmo, ou seja, uma vez oferecido o pedido do Ministério Público, não mais se poderá encerrar o processo pelo não desejo da representação.

Renúncia expressa e tácita do direito de queixa. Afirma o art. 104 do Código Penal:

Renúncia expressa ou tácita do direito de queixa

Art. 104 do Código Penal. O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Tratando-se de direito de queixa, somente aplicar-se-á às ações penais de iniciativa privada. Uma vez abdicado o direito de oferecer queixa por parte do ofendido ou do seu representante legal por meio expresso ou tácito (ato unilateral), não mais se poderá oferecer queixa, pois a renúncia de tal direito é irretratável.

Como afirma o Prof. Damásio de Jesus:

A renúncia só é possível antes do início da ação penal privada, pois ela obsta o oferecimento da queixa. Assim, é oportuna a renúncia dentro dos seis meses previstos para o exercício da ação penal privada (CP, art. 103), i. e., desde o dia em que o ofendido ou seu representante legal toma conhecimento da autoria do crime até o último dia do prazo. Nesse sentido: RT, 580:432.

Cabe salientar, ainda, que o recebimento de indenização por parte do ofendido não caracteriza renúncia tácita do direito de queixa, salvo em casos de infração penal de menor potencial ofensivo, em que a composição civil faz entender tal recebimento como renúncia.

Decadência do direito de queixa ou de representação. Afirma o art. 103 do Código Penal:

Decadência do direito de queixa ou de representação

Art. 103 do Código Penal. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contados do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do §3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

8. Ação Penal no Crime Complexo

Afirma o art. 101 do Código Penal:

Ação penal no crime complexo

Art. 101 do Código Penal. Quando a lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como bem explica o Prof. Rogério Greco:

Crime complexo é aquele no qual, em sua configuração típica, conseguimos visualizar a fusão de dois ou mais tipos penais. Assim, por exemplo, a fusão do crime de furto (crime simples) com o delito de lesão corporal ou ameaça faz surgir uma outra figura típica, agora denominada complexa, que é o crime de roubo.

Explica Guilherme de Souza Nucci:

Diz o art. 101 que, quando um dos elementos ou das circunstâncias do crime constituir delito autônomo, pelo qual cabe ação pública incondicionada, caberá esta também para o crime complexo. Assim, tomando o mesmo exemplo suprarreferido do roubo, pode-se dizer que, se para o furto cabe ação pública incondicionada e para as lesões leves, condicionada, segundo a regra do art. 101, para o roubo a ação será sempre incondicionada.

Tal artigo é duramente criticado pelos doutrinadores, uma vez que é caracterizado como inútil, pois a simples atuação do art. 100, CP seria suficiente para identificação da ação penal pública ou de iniciativa privada.

Afirma Mirabete:

Essa disposição é tida pelos doutrinadores como inócua e até prejudicial à interpretação. Isso porque a lei adotou o sistema de especificar claramente quando o delito deve ser apurado mediante ação privada, sendo os demais submetidos à ação pública.

9. Perdão do Ofendido

Afirmam os arts. 105 e 106 do Código Penal:

Perdão do ofendido

Art. 105 do Código Penal. O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 106 do Código Penal. O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – se condido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – se o querelado o recusa, não produz efeito. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§1º. Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Perdão, segundo o Prof. Damásio, “é o ato pelo qual, iniciada a ação penal privada, o ofendido ou seu representante legal desiste do seu prosseguimento.” Como conclui o Prof. Guilherme de Souza Nucci, “o perdão tem exatamente o mesmo significado que a renúncia. “

Perdão ≠ Renúncia. Como bem adverte o Prof. Nucci, “o perdão tem exatamente o mesmo significado que a renúncia.” Então, o que diferencia um do outro? Simples. O perdão ocorre uma vez que o processo já esteja em andamento, enquanto o segundo somente ocorre antes do início do processo.

Completando, afirma o Prof. Carlos Paschoalik Antunes:

O perdão depende de aceitação e, neste ponto, é diferente da renúncia. [...] Da mesma forma que acontece com a renúncia, em virtude do princípio da indivisibilidade, perdão concedido a um dos acusados, estende-se aos demais (art. 106, I, CP), obviamente, desde que haja aceitação (art. 106, III, CP). Porque pode ser o caso de algum desses acusados não quererem aceitar o perdão.

Prazo para o perdão. Por fim, encerrando o estudo da ação penal, o perdão somente poderá ocorrer até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Capítulo 16 – Da Extinção da Punibilidade

1. Punibilidade

A punibilidade é resultado do cometimento de uma ação ou omissão típica, antijurídica e culpável, sendo, inclusive, para alguns doutrinadores, elemento constitutivo do crime.

Como bem afirmam os Profs. Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim, uma vez comprovada a punibilidade mediante o cometimento de ato típico, antijurídico e culpável, “cabera ao Estado exercer o seu jus puniendi, abrindo-se, então, a possibilidade de aplicação de penal. “

2. Extinção da Punibilidade

Afirma o Prof. Guilherme de Souza Nucci:

A extinção da punibilidade é o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos previstos em lei, por razões de política criminal.

Ou seja, a extinção da punibilidade acontece, extinguindo qualquer possibilidade da aplicação da pena ao agente.

Cabe lembrar que, apesar de as causas de extinção da punibilidade estarem previstas no art. 107, CP¹⁸, esse rol, como afirma o Prof. Damásio de Jesus, “é exemplificativo. Há causas extintivas fora do rol dessa disposição. Exemplos: a) art. 82¹⁹: o término do período de prova do sursis, sem motivo para revogação do benefício, faz com que o juiz decrete a extinção da punibilidade; b) art. 90²⁰: o término do período de prova do livramento condicional, sem motivo para revogação do privilégio, opera a extinção da punibilidade; c) art. 7º, § 2º, d²¹: se o agente cumpriu

¹⁸ **Art. 107 do Código Penal.** Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – pena morte do agente;

II – pela anistia, graça ou indulto;

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV – pela prescrição, decadência ou preempção;

V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII – (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

VIII – (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

¹⁹ **Art. 82 do Código Penal.** Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²⁰ **Art. 90 do Código Penal.** Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²¹ **Art. 7º do Código Penal.** Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

pena no estrangeiro pelo crime lá cometido, opera-se a extinção da punibilidade em relação à pretensão punitiva do Estado brasileiro; d) art. 312, § 3º, 1ª parte²²: a reparação do dano no peculato culposo, antes da sentença final irrecorrível, extingue a punibilidade; e) morte da vítima no crime do art. 236 do Código Penal²³.

Podemos citar, ainda, como bem lembra o Prof. Rogério Greco, o §5º do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Art. 89 da Lei dos Juizados Especiais. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

[...]

§5º. Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

Classificação das causas extintivas da punibilidade. São duas as classificações: causas extintivas de punibilidade gerais e causas extintivas de punibilidade específicas.

[...]

II – os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- b) praticados por brasileiro; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- 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 11.7.1984)

[...]

§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)

[...]

- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

²² **Art. 312 do Código Penal.** Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

[...]

§2º. Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

§3º. No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade, se lhe é posterior...

²³ **Art. 236 do Código Penal.** Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

1) Causas extintivas de punibilidade gerais:

São gerais as causas que se aplicam a qualquer delito. Por exemplo a prescrição.

2) Causas extintivas de punibilidade específicas:

São específicas as causas que se aplicam a delitos específicos. Por exemplo a retratação em crimes contra a honra.

Segundo o Prof. Guilherme de Souza Nucci:

Como regra, ocorrendo uma dessas causas, extingue-se a possibilidade do Estado de impor uma pena ao agente, embora remanesça o crime praticado. Há duas exceções que permitem a exclusão do próprio delito: anistia e abolitio criminis. Quando um fato deixa de ser considerado criminoso (abolitio) ou o Estado declara esquecê-lo (anistia), é natural que afaste a concretização do crime.

Ou seja, apesar do impedimento da aplicação da pena, o agente permanecerá com maus antecedentes.

Comunicabilidade das causas extintivas de punibilidade. Em regra, uma vez reconhecida a causa extintiva de punibilidade, a mesma se comunica para os demais partícipes e coautores.

1) Comunicam-se entre os autores:

Afirma o Prof. Guilherme de Souza Nucci, “são causas que se comunicam aos coautores e partícipes:

- a) o perdão para quem o aceitar;
- b) a abolitio criminis;
- c) a decadência;
- d) a perempção;
- e) a renúncia ao direito de queixa;
- f) a retratação no crime de falso testemunho.”

2) Não se comunicam entre os autores:

Ainda segundo Prof. Nucci, “são causas que não se comunicam:

- a) a morte de um dos coautores;
- b) o perdão judicial;
- c) a graça, o indulto e a anistia (esta última pode incluir ou excluir coautores, conforme o caso);
- d) a retratação do querelado na calúnia ou difamação (art. 143, CP);
- e) a prescrição (conforme o caso; ex.: um agente é menor de 21 anos e o outro não é). “

3) Não se comunicam entre os crimes:

Cabe citar o teor do art. 108 do Código Penal:

Art. 108 do Código Penal. A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.

Autoridade para extinguir a punibilidade. Afirma o art. 61 do Código de Processo Penal:

Art. 61 do Código de Processo Penal. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

Acerca deste artigo, afirma o Prof. Rogério Greco:

A redação do art. 61 da legislação processual penal deixa entrever que a declaração de extinção da punibilidade somente poderá ocorrer após o início da ação penal, quando já se puder falar em processo. Caso haja ocorrido, em tese, causa extintiva da punibilidade ainda durante a fase de inquérito policial, entendemos que o juiz não poderá declará-la, mas, sim, tão somente, depois de ouvido o Ministério Público, determinar o seu arquivamento. Isso porque, como já o dissemos, a lei processual penal fala em fase do processo, não se podendo daí inferir que também tenha querido abranger a investigação policial.

3. Causas da Extinção da Punibilidade

Como já dito acima, as causas da extinção da punibilidade estão previstas pelo art. 107, CP, sendo elas:

- 1) a morte do agente;
- 2) a anistia, graça ou indulto;
- 3) a retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso (retroatividade da lei penal benéfica);
- 4) a prescrição, decadência ou preempção;
- 5) a renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- 6) pela retração do agente, nos casos em que a lei a admite;
- 7) pelo perdão judicial.

3.1. Morte do Agente

Além do já mencionado art. 107, I, do Código Penal, é matéria do art. 62 do Código de Processo Penal:

Art. 62 do Código de Processo Penal. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará a extinção da punibilidade.

Trata-se, como afirmam os doutrinadores da atuação do P. da Pessoaalidade ou Personalidade da pena, prevista no art. 5º, XLV, 1ª parte, CFRB. O princípio geral de que a morte tudo resolve – “mors omnia solvit.”

Art. 5º, XLV, da Constituição Federal. Nenhum pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de seus bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Como bem explica Marco Segre:

A certidão de óbito tem por finalidade certificar a existência da morte e registrar a sua causa, quer do ponto de vista médico, quer de eventuais aplicações jurídicas, para permitir o diagnóstico da causa jurídica do óbito: seja o homicídio, o suicídio, o acidente ou a morte chamada natural.

Segundo o Prof. Rogério Grego, porém:

Não é incomum o fato de o agente fazer juntar certidão de óbito falsa aos autos do processo no qual figura como acusado. Antes de opinar pela extinção da punibilidade, por medida de segurança, entendemos que o Ministério Público deverá requerer ao juiz que confirme o documento apresentado aos autos, expedindo ofício ao cartório de registro civil indicado no documento apresentado em juízo, a fim de que este seja ratificado pelo tabelião. Até mesmo essa medida pode não ser eficaz, pois, como sabemos, se o agente falsificar um documento médico, atestando o seu óbito, poderá levá-lo ao cartório e o registro será realizado.

Cabe citarmos um problema que pode ocorrer: o fato de o Juiz declarar extinta a punibilidade, aceitando, sem o devido cuidado, o testado de óbito falso. O que ocorrerá nesta situação?

Há duas posições:

- 1) Uma vez extinguida a punibilidade o Juiz não poderá rever tal decisão. Cabe salientar que, salvo a revisão criminal, não existe hipóteses de revisão que agrave uma pena, em regra. Nestas situações, como afirma o Ministro Marco Aurélio no Informativo 611 do STF, inexistente “revisão criminal pro societate e que, se o órgão acusador não impugnara o documento falso no momento próprio para tal, restar-lhe-ia apenas eventual propositura de ação criminal para apurar o suposto delito de falsidade ideológica”;
- 2) São as posições defendidas pelo STF e o STJ. Respectivamente:
 - a. “Revogação do despacho que julgou extinta a punibilidade do réu, à vista de atestado de óbito baseado em registro comprovadamente falso; sua admissibilidade, vez que referido despacho, além de não fazer coisa julgada em sentido estrito, funda-se exclusivamente em fato juridicamente inexistente, não produzindo quaisquer efeitos.” (RTJ 93, p. 986);

- b. “Penal. Habeas Corpus. Decisão que extinguiu a punibilidade do réu pela morte. Certidão de óbito falsa. Violação à coisa julgada. Inocorrência. O desfazimento da decisão que, admitindo por equívoco a morte do agente, declarou extinta a punibilidade, não constitui ofensa à coisa julgada. (STF – HC 60095-RJ, Rel. Min. Rafael Mayer). Ordem denegada. (STJ, HC 31234/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 9/2/2004, p. 198).“

Finaliza Rogério Greco, dissertando acerca da pena de multa em relação a morte do agente:

A morte do agente extinguindo a punibilidade também terá o condão de **impedir que a pena de multa aplicada ao condenado seja executada em face dos seus herdeiros**. Isso porque o fato de o art. 51 do Código Penal considerá-la como dívida de valor não afasta a sua natureza penal, e como tal deverá ser tratada, não podendo ultrapassar a pessoa do condenado, de acordo com o princípio da intranscendência da pena, previsto pelo inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal.

É o teor do art. 51 do Código Penal:

Art. 51 do Código Penal. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

3.2. Anistia, Graça e Indulto

3.2.1. Anistia

A anistia, graça e indulto estão previstos no art. 107, II, CP e no art. 187, LEP.

Art. 187 da Lei de Execução Penal. Concedida a anistia, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade.

Segundo o Prof. Guilherme de Souza Nucci, é a definição de anistia:

Declaração pelo Poder Público de que determinados fatos se tornam impunes por motivo de utilidade social.

Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva:

Trata-se de medida de caráter coletivo, beneficiando pessoas condenadas criminalmente, isentando-as de pena e tornando sem efeito as sanções aplicadas. Em matéria penal, a concessão da anistia tem efeito *ex tunc*²⁴ sobre o crime, desconstituindo a própria coisa julgada. Em outras palavras, percebe-se que a anistia anula a sentença penal condenatória irrecorrível e, com isto, se o anistiado cometer novo crime, não será considerado reincidente. Entretanto, a anistia não impede a *actio civilis ex delicto* ou ação civil de reparação de dano, pois alcança tão somente os

²⁴ **Ex tunc.** Termo jurídico em latim que determina que a decisão, o ato/fato/ negócio jurídico ou a lei nova tem efeito retroativo, ou seja, atinge situação anterior, produzindo seus efeitos também no passado.

efeitos penais da sentença. Depois de concedida, a anistia não pode ser revogada, em face do disposto no art. 5º, XXXVI²⁵ e XL²⁶, da CF. Havendo inquérito policial, a anistia enseja o arquivamento do procedimento investigatório. A anistia compete ao Congresso Nacional (CF: art. 48, VIII²⁷), com a sanção do presidente da República.

Cabe citar, ainda, o art. 21, XVII, da Constituição Federal:

Art. 21 da Constituição Federal. Compete à União: (EC nº 8/1995, EC nº 19/1998, EC nº 49/2006 e EC nº 69/2012)

[...]

XVII – conceder anistia.

O maior exemplo de anistia é a Lei nº 6.683/79, a denominada *Lei da Anistia*:

Art. 1º da Lei da Anistia. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativos, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

Espécies de anistia. São quatro as espécies:

- 1) **Quanto ao momento de concessão:**
 - a. **Anistia própria:** quando concedida antes da condenação;
 - b. **Anistia imprópria:** quando concedida após a condenação transitada em julgado.
- 2) **Quanto ao alcance:**
 - a. **Anistia plena/geral/irrestrita:** aplicada a todos os criminosos envolvidos no tipo penal;
 - b. **Anistia parcial:** atinge somente uma parcela dos criminosos envolvidos no tipo penal.
- 3) **Quanto a necessidade de algum ato praticado por parte do beneficiário:**
 - a. **Anistia incondicionada:** quando independe de qualquer ato, ou seja, para ser concedida a anistia o sujeito não precisa realizar determinada condição;
 - b. **Anistia condicionada:** para se extinguir a punibilidade, a parte deverá realizar determinada exigência. A reparação do dano, por exemplo.
- 4) **Quanto à modalidade do crime:**

²⁵ **Art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.** A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

²⁶ **Art. 5º, XL, da Constituição Federal.** A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

²⁷ **Art. 48 da Constituição Federal.** Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (EC nº 19/1998, EC nº 32/2001, EC nº 41/2003 e EC nº 69/2012)

[...]

VIII – concessão de anistia.

- a. **Anistia especial:** quando se destina a determinados crimes. Os crimes políticos, por exemplo;
- b. **Anistia comum:** quando se destina aos demais crimes.

Não se admite anistia. São os casos:

- 1) Crimes hediondos;
- 2) Crimes de tortura;
- 3) Crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo.

Tais exceções são previstas no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal e art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos):

Art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem.

Art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto.

Nota-se que no art. 5º, XLIII, CRFB, não consta o indulto. A maioria da doutrina afirma que se deve interpretar a palavra “graça” de maneira extensiva, incorporando, assim, o indulto.

3.2.2. Graça (Indulto Individual) e Indulto (Coletivo)

São previstos pelo art. 107, II, CP; 188, 192 e 193, LEP e 84, XII, CFRB:

Art. 188 da Lei de Execução Penal. O indulto individual (graça) poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa.

[...]

Art. 192 da Lei de Execução Penal. Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o Juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação.

Art. 193 da Lei de Execução Penal. Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará de acordo com o disposto no artigo anterior.

Art. 84 da Constituição Federal. Compete privativamente ao Presidente da República: (EC nº 23/1999 e EC nº 32/2001)

[...]

XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.

Indulto coletivo. Afirma o Dicionário Jurídico Acquaviva acerca da definição:

Modo de extinção da punibilidade, sem referência expressa a cada beneficiado pela medida, e sem que cessem todos os efeitos da condenação. Nisto o indulto se distingue da anistia. Para a concessão do indulto, é preciso que os beneficiários preencham determinados requisitos. [...] Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, em caso de comutação²⁸.

É a definição de Nucci:

É a clemência destinada a um grupo de sentenciados, tendo em vista a duração das penas aplicadas, podendo exigir requisitos subjetivos (tais como primariedade, comportamento carcerário, antecedentes) e objetivos (v. g., cumprimento de certo montante da pena, exclusão de certos tipos de crimes).

O indulto poderá ser total – se o indivíduo atingir todas as especificações, extinguindo-se a pena; ou parcial – se atingir parcialmente as condições exigidas, podendo beneficiá-lo com a comutação.

Graça ou indulto individual. Afirma o Prof. Nucci:

É a clemência destinada a uma pessoa determinada, não dizendo respeito a fatos criminosos. A Lei de Execução Penal passou a chamá-la, corretamente, de indulto individual (arts. 188 a 193), embora a Constituição Federal tenha entrado em contradição a esse respeito. No art. 5º, XLIII, utiliza o termo graça e no art. 84, XII, refere-se tão somente a indulto. Portanto, diante dessa flagrante indefinição, o melhor a se fazer é aceitar as duas denominações: graça ou indulto individual.

Acrescenta o Prof. Rogério Greco:

Nos termos do art. 188 da Lei de Execução Penal, a graça, modernamente conhecida como indulto individual, poderá ser provocada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, sendo que a petição, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao Conselho Penitenciário para a elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça (art. 189 da LEP).

É o teor do artigo mencionado:

Art. 189 da Lei de Execução Penal. A petição do indulto, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao

²⁸ **Comutação.** Substituição de uma pena mais grave, imposta ao réu, por uma mais branda. No direito brasileiro é uma prerrogativa do presidente da República (CF: art. 84, XII). Importante notar que a comutação da pena não se confunde com a anistia e o indulto, porque nestes é extinta a punibilidade (L. 7.210, de 11.7.1984), ao passo que, como visto, na comutação a pena simplesmente é atenuada.

Conselho Penitenciário, para a elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça.

Da mesma forma que o indulto coletivo, “tratando-se de um perdão concedido pelo Presidente da República, dentro de sua avaliação discricionária”, pode ser total – uma vez que o Presidente considere o indivíduo possuidor de características sustentáveis para a extinção da punibilidade e, de fato, o benefício da graça ou indulto individual; ou parcial – uma vez que o indivíduo não apresente características sustentáveis para ser beneficiado pela graça, podendo, ainda, ser beneficiado pelo instituto comutação.

Não se admite indulto ou graça. São os mesmos casos em relação à não admissão da anistia.

3.2.3. Comparação entre Anistia, Graça e Indulto

É a tabela elaborada por Guilherme Nucci:

	Anistia	Indulto Coletivo	Indulto Individual
Concessão	Congresso Nacional	Presidente da República	
Meio	Lei	Decreto	
Abrangência	Fatos considerados criminosos	Condenados em número indeterminado	Condenado específico
Formas e condições	Condicionada e incondicionada; Geral ou parcial; Irrestrita ou limitada	Condicionado ou incondicionado; Total ou parcial	
Natureza jurídica	Excludente de tipicidade	Excludente de tipicidade	
Particularidades	<p>a) Pode ocorrer antes da condenação definitiva (anistia própria) ou depois (anistia imprópria);</p> <p>b) Possui efeito extunc e agrega ação e condenação, bem como elimina registros na folha de antecedentes;</p> <p>c) Destina-se, principalmente, a crimes políticos;</p> <p>d) Não cabe a crimes hediondos e equiparados.</p>	<p>a) Podem ocorrer antes da condenação desde que haja, pelo menos, trânsito em julgado para a acusação, ou depois (forma mais comum);</p> <p>b) Depende da vontade discricionária da Pres. da República, que ora concede para garantir um mero esvaziamento de cárceres, ora por entender ser instrumento de política criminal para incentivar o bom comportamento dos condenados;</p> <p>c) São vedados a crimes hediondos e equiparados. Há polêmica doutrinária quanto ao indulto coletivo;</p> <p>d) Quando perdoa ou desconta parte da pena total, chama-se comutação.</p>	

3.3. Retroatividade da Lei

Tal elemento é previsto pelo art. 107, III, do Código Penal.

Afirma o Dicionário Jurídico Acquaviva acerca da sua definição:

Incidência da lei nova sobre os fatos pretéritos que se achavam sob o império da lei anterior. No Direito Penal, a lei não retroage, salvo para

beneficiar o réu. Trata-se da retroatividade benigna da lei penal, consagrada no art. 5º, XL, CRFB.

É o teor do artigo mencionado:

Art. 5º, XL, da Constituição Federal. A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Neste caso, ocorrerá a chamada *abolitio criminis*.

Sobre isso, afirma o Prof. Nucci:

Trata-se de lei nova deixando de considerar determinada conduta como crime. [...] Assim acontecendo, nenhum efeito penal subsiste, mas apenas as consequências civis. O art. 107 a insere no contexto das excludentes de punibilidade, mas, na realidade, sua natureza jurídica é de excludente de tipicidade, pois, desaparecendo do mundo jurídico o tipo penal, o fato não pode mais ser considerado típico.

Rogério Greco bem lembra que o Direito Penal, a partir dos Princípios da Intervenção Mínima e da Lesividade, somente atuarão sobre determinadas condutas, uma vez que “o bem sobre o qual estiver recaindo a proteção da lei for significativa, ou seja, for relevante a ponto de merecer a tutela do Direito Penal.”

Ainda segundo o doutrinador:

O mesmo raciocínio que se faz quando da criação de tipos penais incriminadores também é realizado para a sua revogação. Se o bem que, antes, gozava de certa importância e hoje, em virtude da evolução da sociedade, já não possui o mesmo status, deverá o legislador retirá-lo do nosso ordenamento jurídico-penal, surgindo o fenômeno da *abolitio criminis*.

Afirma o art. 2º do Código Penal:

Lei penal no tempo

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

É o entendimento do STF:

Súmula nº 611 do Supremo Tribunal Federal. Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

3.4. Decadência e Perempção

3.4.1. Decadência

Como afirma o Prof. Damásio de Jesus:

É a perda do direito de ação do ofendido em face do decurso do tempo. Atingindo em primeiro lugar o direito de ação, por via oblíqua incide sobre o jus puniendi do Estado, pelo que é arrolada entre as causas de

extinção da punibilidade. Quando se trata de **ação penal privada**, a decadência ataca imediatamente o direito de agir do ofendido ou

de seu representante legal, e, em consequência, o Estado perde a pretensão punitiva. Quando se cuida de **ação penal pública condicionada à representação**, a decadência impede em primeiro lugar que o ofendido ou seu representante legal manifeste validamente a vontade de que o ofensor seja acionado penalmente, em face do que o órgão do Ministério Público, na ausência da condição de procedibilidade, não pode deduzir em juízo a pretensão punitiva do Estado, que fica extinta.

Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva:

A decadência, também chamada de caducidade, vem a ser a perda do próprio direito material em razão do decurso do tempo. A decadência importa o desaparecimento, a extinção de um direito pelo fato de seu titular não exercê-lo durante um prazo estipulado na lei. Perdido o prazo, perdido estará o direito.

Afirma o art. 103 do Código Penal:

Decadência do direito de queixa ou de representação

Art. 103 do Código Penal. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 100, §3º, do Código Penal. A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

É a matéria da Súmula nº 594 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 594 do Supremo Tribunal Federal. Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal.

Por último, cabe salientar que o prazo da decadência e da prescrição são contados de acordo com o art. 10, CP, excluindo-se o último dia da contagem:

Contagem de prazo

Art. 10 do Código Penal. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos do calendário comum. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Bem informa o Prof. Damásio de Jesus:

Tratando-se de ofendido menor de dezoito anos, e não podendo exercer o direito, o

prazo de seis meses não corre contra ele. Se ele não tem o direito, não pode perder o que não possui. Então, quando o ofendido é menor de dezoito anos, o prazo flui para o representante legal a partir do

conhecimento da autoria do crime. Suponha-se que o ofendido tenha dezesseis anos ao tempo da prática do crime, transmitindo na mesma data o conhecimento da autoria a seu representante legal. A partir dessa data, terá o representante legal prazo de seis meses para o exercício do direito de queixa ou de representação, sob pena de extinção da punibilidade pela decadência. Se o ofendido não conta o fato e sua autoria ao representante legal, quando completar dezoito anos começará a ser contado o prazo decadencial de seis meses. Assim, a partir da data em que o ofendido completar dezoito anos, poderá exercer o direito de queixa ou de representação, dentro do prazo de seis meses, i. e., até completar dezoito anos e seis meses.

3.4.2. Perempção

Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva, é o conceito de perempção:

Extinção do direito de praticar um ato processual pela perda de um prazo definido e definitivo. Instituto eminentemente processual, distingue-se, portanto, da prescrição e com a decadência não se confunde, porque se esta se refere à extinção do próprio direito material, a perempção sobrevém com a perda do direito ao exercício de um ato processual, sem que o processo se extinga. [...] No Direito Criminal, a perempção caracteriza a inércia do querelante após deflagrada a ação, não se confundindo, portanto, com a decadência.

A perempção somente ocorre nas ações penais de iniciativa privada propriamente ditas e personalíssimas, não ocorrendo, portanto, nas ações privadas de iniciativa privada subsidiária da pública.

Afirma o Prof. Mirabete acerca da perempção:

É uma sanção jurídica, imposta ao querelante por sua inércia, negligência ou contumácia. Não pode ocorrer, portanto, antes de proposta a queixa.

Prevê a perempção o art. 60 do Código de Processo Penal:

Art. 60 do Código de Processo Penal. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36²⁹;

²⁹ **Art. 36 do Código de Processo Penal.** Se comparecer mais de uma pessoa com direito de queixa, terá preferência o cônjuge, e, em seguida, o parente mais próximo na ordem de enumeração constante no art. 31, podendo, entretanto, qualquer delas prosseguir na ação, caso o querelante desista da instância ou a abandone.

Art. 31 do Código de Processo Penal. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

3.5. Prescrição

3.5.1. Conceito

Segundo o Prof. Rogério Greco:

A prescrição é uma das situações em que o Estado, em virtude do decurso de certo espaço de tempo, perde seu *ius puniendi*. Embora exista alguma controvérsia doutrinária, como frisamos, entendemos que com a prescrição existe a perda do direito de punir, e não a renúncia ao direito de punir por parte do Estado. [...] Dessa forma, poderíamos conceituar a prescrição como o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade.

No mesmo sentido afirma Damásio de Jesus:

É a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício.

3.5.2. Teorias

Teoria do esquecimento. A teoria do esquecimento afirma uma inexistente razão da aplicação da pena, uma vez que com o passar do tempo a sociedade acaba esquecendo o delito cometido. Desta forma a pena perderia o seu caráter de exemplaridade.

Afirma Enrico Pessina:

É evidente que a sociedade deva rechaçar as negações de ordem jurídica contidas no delito, e deve fazê-lo mediante castigo. Porém deve fazer isto em tanto e quanto tenha consciência do mal realizado. O tempo, não destrói, tampouco cria o Direito. Porém tem uma eficácia: a de trocar as impressões precedentes por novas impressões no espírito humano, de tal modo que a inércia da autoridade penal, não expressada durante certo lapso de tempo, a debilita e chega até a extinguir a consciência do delito.

Teoria da expiação moral. Essa teoria defende que o indivíduo processado passa por um processo de martírio próprio, castigando-se psicologicamente pelo crime que cometeu, de modo que impor outra pena, além desta, significaria atentar contra o princípio do *non bis in idem*.

Teoria da emenda do delinquente. Afirma que decorrido o lapso temporal o indivíduo tenha *juris et de jure* (de direito e por direito) “se corrigido”, uma vez que não cometa crimes durante esse período.

“A ausência de outras condutas delituosas, durante o processo, para essa teoria, seria a demonstração de que o indivíduo se regenerou, ou está ressocializado à comunidade, a não fazer mais sentido a injunção da sanção. “

“A boa conduta reforça a evidência da desnecessidade da punição, até porque a reincidência, via de regra, interrompe a curso da prescrição. Se o fundamento da prescrição fosse a emenda presumida do acusado, não se justificariam as prescrições de curto prazo, insuficiente, que este é, para a suposição, ao menos, da corrigibilidade. “

Tal teoria pode englobar, também, a chamada Teoria Psicológica em que o indivíduo altera o seu comportamento, amadurecendo durante o lapso temporal.

Teoria da dispersão das provas. Defende que, com o passar do tempo, as provas se perdem, as testemunhas se esquecem, de modo que o fato delituoso se torna duvidoso, não havendo motivos, portanto, para o prosseguimento do processo acusatório, pois “são iminentes os riscos de um eventual erro judiciário, acarretando, conseqüentemente, injustiças irremediáveis. “

Teoria da presunção da negligência. “Consiste na ideia de que o acusado deixa de ser punido em razão de negligência dos agentes da máquina estatal, pois o *ius persecuendi* é atributo do Estado acozá-la (nos casos de ação penal pública), por meio dos seus servidores incumbidos para tal finalidade, ou seja, a inércia em alcançar a prolação da sentença penal decorre exclusivamente por culpa das autoridades públicas, que não foram eficientes nos seus obséquios, em consonância com o tempo estipulado no ordenamento jurídico. “

“Foi duramente criticada esta concepção, primeiro por abarcar, tão-somente, os casos de ação penal pública, não se explicando nos crimes em que a ação penal é exclusivamente privada, no qual o *ius persecuendi* é exercitado de forma privativa pelos particulares, não havendo ingerências estatais. Em segundo, mesmo nos casos em que a diligência é atribuída ao Estado, há situações que a *notitia criminis* não chega ao conhecimento deste, por conseguinte, é rechaçada a ideia de inércia. “

Teoria contra a prescrição. Afirma o Prof. Carlos Paschoalik Antunes que a segunda corrente “estimula a fuga do criminoso. O argumento à vida social não passa de uma presunção, já que não há criminosos que o são por toda a vida. O argumento da cessação do alarme social somente teria cabimento nos crimes menos graves, portanto, nos crimes mais graves não há argumento ponderável para a existência da prescrição. “

3.5.3. Natureza Jurídica

Há controvérsias acerca da natureza jurídica da prescrição. Há os que defendem seu caráter material (regulado pelo Código Penal), há os que defendam seu caráter processual (regulado pelo Código de Processo Penal) e há, ainda, aqueles que defendam seu caráter misto.

Afirma Roberto Bittencourt:

Para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é instituído de direito material, regulado pelo Código Penal, e, nessas circunstâncias, conta-se o dia do seu início.

Completa Alexandre Salim:

Por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser conhecida e declarada em qualquer fase do processo, inclusive do ofício.

3.5.4. Não Admitem Prescrição

Hipóteses Constitucionais. São duas as hipóteses constitucionais:

- 1) CF, art. 5º, XLII;
- 2) CF, art. 5º, XLIV.

É o teor destes dispositivos:

Art. 5º, XLII, da Constituição Federal. A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Art. 5º, XLIV, da Constituição Federal. Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Tortura. Não são previstos por lei, porém afirma o Estatuto de Roma: entende-se por “crime contra a humanidade” qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque que: ... f) Tortura (art. 7º). Os crimes previstos no Estatuto de Roma são imprescritíveis (art. 29).

Sendo assim, não constando no ordenamento jurídico, a tortura prescreve ou não prescreve?

Há três correntes:

- 1) Os Tratados de Direitos Humanos têm status constitucional sempre, não importando o procedimento de ratificação. Conclusão: A tortura é imprescritível;
- 2) Os Tratados de Direitos Humanos não ratificados por quórum especial têm status supralegal. Conclusão: A tortura é prescritível, prevalecendo a Constituição, superior ao tratado;
- 3) Apesar de possuir status de norma supralegal, conflitando os Tratados de Direitos Humanos com a Constituição, prevalece a norma que melhor atente aos direitos humanos. Conclusão: A tortura é imprescritível. É o chamado “princípio pro homine”.

3.5.5. Tipos de Prescrição

A Legislação prevê duas espécies de prescrição:

- 1) Prescrição da pretensão punitiva em abstrato – art. 109 do Código Penal;
- 2) Prescrição da pretensão executória.

Prescrição da pretensão punitiva em abstrato. Afirma o art. 109 do Código Penal:

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109 do Código Penal. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no §1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Afirma Nucci:

Os prazos fixados neste artigo (109), como regra, servem ao cálculo da prescrição da pretensão punitiva do Estado, isto é, a que ocorre em períodos anteriores à sentença condenatória com trânsito em julgado.

Tal prescrição apresenta três espécies:

- 1) Prescrição propriamente dita;
- 2) Prescrição retroativa;
- 3) Prescrição superveniente/intercorrente/subsequente.

1) Prescrição propriamente dita:

Prevista no art. 109, caput, CP, conta-se o prazo prescricional a partir do máximo da pena em abstrato do crime cometido pelo indivíduo.

Por exemplo: um indivíduo que tenha cometido o crime de furto no ano de 2000. Segundo o art. 155, CP, recebe a pena de um a quatro anos. Portanto, sendo a pena máxima, usa-se no cálculo 4 anos.

Após identificado o máximo da pena, analisa-se o disposto no art. 109, CP. Como afirma o inciso IV, o prazo prescricional é de “oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede quatro.” Assim, tal caso teria prescrito no ano de 2008.

a) Exemplo 2:

Crime	Homicídio
Ano	2000
Pena	6 a 20 anos
Pena máxima	20 anos
Aplicação da lei	Como afirma o inciso I, art. 109, CP: “em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze.” Portanto, tal caso prescreveria no ano de 2020

b) Exemplo 3:

Crime	Estelionato
Ano	2005
Pena	1 a 5 anos
Pena máxima	5 anos
Aplicação da lei	Segundo o inciso III, “em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito.” Portanto, tal caso prescreveria no ano de 2017

c) Exemplo 4:

Crime	Lesão corporal
Ano	2005
Pena	3 meses a 1 ano
Pena máxima	1 ano
Aplicação da lei	Normalmente este caso causa certa confusão entre os incisos V e VI, art. 109, CP. O primeiro afirma: “em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não exceda a dois”; enquanto a segunda afirma: “em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. “ Portanto, neste caso, sendo a pena máxima exatamente um ano, aplicar-se-á o disposto no art. 109, V, sendo o prazo prescricional, assim, quatro anos. Prescrevendo tal caso no ano de 2009.

Aqui pode surgir uma dúvida: e em relação aos crimes tentados?

Em relação aos crimes tentados e às causas de diminuição da pena em geral se adota o seguinte cálculo, por exemplo:

Uma vez que o crime é tentado, pode-se reduzir a pena de 1/3 a 1/2. Para o cálculo do prazo prescricional, diminui-se, sempre, do mínimo, ou seja, diminui-se 1/3 da pena máxima.

Como visto anteriormente – pegando como exemplo o homicídio –, sendo a pena máxima 20 anos, diminui-se 1/3, resultando, assim, em 13 anos e 4 meses.

Uma vez adquirido esse valor, analisa-se, normalmente, o art. 109, CP. Desta forma, como afirma o inciso I, “em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze”.

Por último convém citarmos os casos referentes às causas de aumento. Por exemplo:

No crime de roubo – pena de 4 a 10 anos –, aumenta-se a pena de 1/3 a 1/2 se o mesmo é praticado com o emprego de arma de fogo.

Neste caso, aumenta-se, sempre, do máximo, ou seja, aumenta-se 1/2 da pena máxima.

Assim, sendo a pena máxima 10 anos, acresce-se 5 anos, somando-se 15, portanto.

Após este cálculo analisa-se o disposto no art. 109, CP. Desta forma, como afirma o inciso I, “em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze”.

Para simplificar, vejamos o gráfico elaborado a seguir:

Prazo Prescricional	Pena – Mínimo	Pena – Máximo
20 anos	+ 12 anos	-
16 anos	+ 8 anos	= 12 anos
12 anos	+ 4 anos	= 8 anos
08 anos	+ 2 anos	= 4 anos
04 anos	= 1 ano	= 2 anos
03 anos	-	- 1 ano

2) Prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente:

Tal prescrição ocorre uma vez que o indivíduo tenha sido condenado, porém ainda não tenha o processo transitado em julgado. Uma vez que o indivíduo seja condenado, há um prazo que deve ser respeitado para o trânsito em julgado da sentença. Não respeitado tal prazo o processo estará prescrito e como afirma o Prof. Rogério Greco, “o réu do processo no qual foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva ainda continuará a gozar do status de primário e não poderá ver maculado seus antecedentes penais, ou seja, será como se não tivesse praticado a infração penal.”

Neste caso, olha-se para a frente, para além da condenação do indivíduo.

Para o cálculo do prazo prescricional, usa-se a pena estabelecida. Por exemplo, o indivíduo é condenado a um ano por crime de furto. Neste caso, usar-se-á a pena já estabelecida.

Segundo o art. 109, V, CP, o prazo prescricional vence em “quatro anos, se o máximo da pena a um ou, se superior, não exceda dois”. Portanto, uma vez condenado por um ano o processo deverá transitar em julgado em, no máximo, quatro anos. Caso contrário o mesmo estará prescrito, respeitando os efeitos descritos anteriormente pelo Prof. Rogério Greco.

Neste caso, o termo inicial da prescrição é disposto pelo art. 111 do Código Penal:

Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final

Art. 111 do Código Penal. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – do dia em que o crime se consumou; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V – nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

3) Prescrição retroativa:

Tal prescrição somente ocorrerá uma vez que haja no processo causas interruptivas da prescrição. Uma vez que isso ocorra, zera-se o cômputo do prazo prescricional, iniciando o mesmo novamente a partir deste fato.

Uma vez iniciado novamente, conta-se retroativamente o prazo a partir da data da sentença.

Imaginemos o seguinte caso, portanto: um indivíduo comete um crime de homicídio no ano de 1999. Como vimos anteriormente, no crime de homicídio o prazo prescricional é de 20 anos, segundo o art. 109, I, CP. Assim, caso não houvesse interrupções na contagem do prazo prescricional, o crime estaria prescrito no ano de 2019.

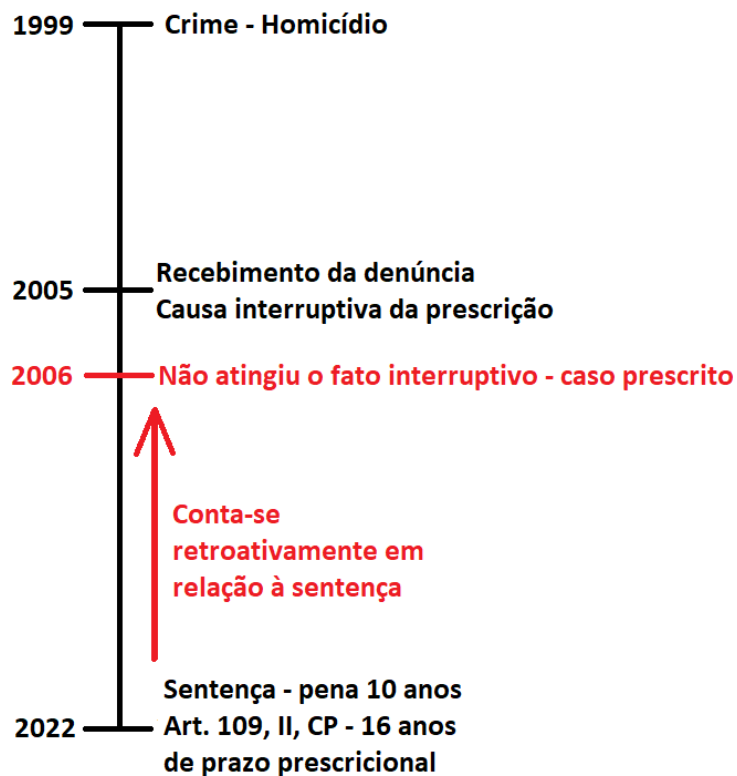
Porém em 2005 ocorre, segundo prevê o art. 117, I, CP, caracterizando causa interruptiva da prescrição, o recebimento da denúncia. A partir deste ponto, os seis anos já passados (1999-2005) zeram, iniciando a contagem da prescrição a partir deste ponto novamente.

Em 2022 há a sentença e o indivíduo é condenado a 10 anos de pena. Uma vez que se tenha a pena, analisa-se o disposto no art. 109, CP. Segundo a tabela ao lado, sendo a pena de 10 anos, enquadra-se no disposto no inciso II – “em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito e não excede a doze”.

Sendo o prazo prescricional 16 anos, conta-se retroativamente em relação à sentença, ou seja, contam-se os fatos ocorridos anteriormente à sentença. Portanto, tendo ocorrido a sentença no ano de 2022, conta-se 16 anos para trás, atingindo, assim, o ano de 2006.

Não atingindo o ano em que houve o recebimento da denúncia, o caso estará prescrito e, portanto, a sentença será inválida.

Sistematizando:



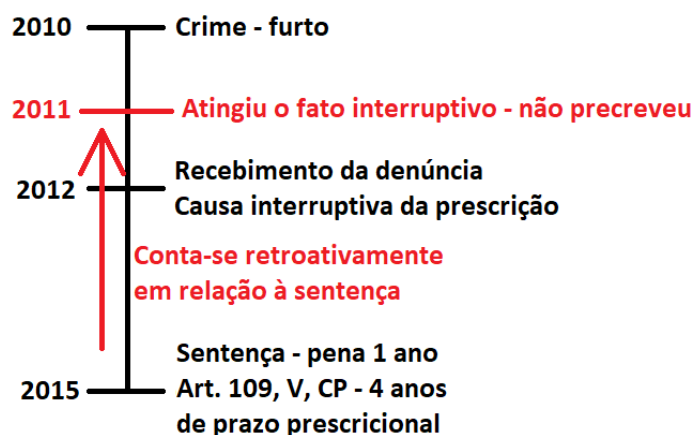
Imaginemos um segundo caso:

Um indivíduo comete o crime de furto no ano de 2010. Há o recebimento da denúncia no ano de 2012, zerando-se aqui o cômputo do prazo prescricional propriamente dito.

A sentença ocorre em 2015, sendo o indivíduo condenado a 1 ano de pena. Como feito anteriormente, analisa-se o disposto no art. 109, CP e notar-se-á a previsão

pelo inciso V – “em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ou, sendo superior, não exceda dois”.

Assim, conta-se retroativamente da data da sentença (2015) alcançando o ano de 2011. Uma vez que se tenha atingido a data do recebimento da denúncia, o processo respeitou o prazo, não tendo, portanto, prescrito.



Prescrição da pretensão executória. Afirma o Prof. Guilherme Nucci:

É a perda do direito de punir do Estado, levando-se em consideração a pena aplicada na sentença condenatória, mas ainda não executada, em virtude de determinado lapso temporal. Baseia-se, pois, na pena concreta para o Estado (art. 110, §1º, CP).

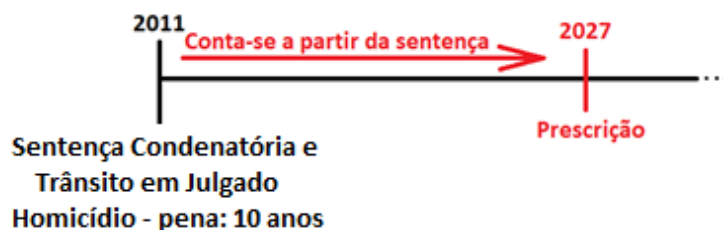
Sendo assim, o prazo prescricional executório conta-se a partir da data da sentença (após o trânsito em julgado), levando-se em consideração a pena fixada, analisando-se o previsto no art. 109, CP.

Vejamos um exemplo, portanto:

Um indivíduo é condenado a 10 anos pelo crime de homicídio em 2011. Uma vez fixada a pena usa-se esta e não a pena máxima (como se faz da prescrição de pretensão punitiva).

Portanto, analisa-se o art. 109, CP, tendo em vista os 10 anos fixados. Assim, de acordo com o inciso I, “em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito e não excede doze. “

Logo, a fase executória deverá iniciar-se até o ano de 2027. Caso contrário o caso estará prescrito, extinguindo-se, assim, a punibilidade do agente.



Uma vez iniciada a fase executória antes do prazo prescricional executório, não há a prescrição, portanto.

Tal prescrição terá seu termo inicial segundo o disposto no art. 112 do Código Penal:

Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível

Art. 112 do Código Penal. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

1) Reincidência:

Afirma a Súmula nº 220 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 220 do Superior Tribunal de Justiça. A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Portanto, em se tratando de pretensão punitiva a reincidência não influencia o prazo prescricional, porém no caso da prescrição de pretensão executória a reincidência influi.

Afirma o Prof. Guilherme de Souza Nucci:

Cabe $\frac{1}{3}$ a mais no cálculo – acrescentando-se nos prazos estabelecidos no mencionado art. 109 – se o condenado for reincidente, assim reconhecido na sentença condenatória.

Sendo assim, pegando mesmo exemplo descrito acima, uma vez condenado 10 anos por homicídio, terá, segundo o inciso I do art. 109, CP, dezesseis anos de prazo prescricional executório. Sendo reincidente tal prazo aumentar-se-á de $\frac{1}{3}$, ou seja, o prazo aumentará de 10 anos para 13 anos e 4 meses.

2) Recursos:

Afirma o Prof. Rogério Greco:

Contudo, caso não tenha havido recurso do Ministério Público, ou depois de ter sido ele improvido, como a pena aplicada não poderá ser elevada em face do princípio que impede sua reforma para pior (non reformatio in pejus), a contagem do prazo prescricional já poderá ser levada a efeito com base na concretizada na sentença.

Ou seja, uma vez fixada a pena esta não poderá ser modificada em prejuízo do réu. Portanto, mesmo que haja recursos nesse período o prazo prescricional executório se manterá o mesmo.

3.5.6. Aplicações da Prescrição

Prescrição em pena restritiva de direito. Afirma o art. 109, parágrafo único, do Código Penal:

Prescrição das penas restritivas de direito

Art. 109, parágrafo único, do Código Penal. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

É a posição do Supremo Tribunal Federal, através do HC 104.490-PR:

A simples conversão da pena privativa de liberdade (fixada em três anos) em pena de prestação de serviços por um ano (e multa) não tem a força de modificar as balizas legais para o cálculo da prescrição. Conversão que não impede a aplicação dos prazos prescricionais do art. 109 do CP. Dispositivo que, em seu parágrafo único, estende, expressamente, “às restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade”.

Portanto, como citado pelo STF, o parágrafo único do art. 109, CP prevê que o prazo prescricional das penas restritivas de direito é igual à prescrição das respectivas penas privativas de liberdade.

Sendo assim, um indivíduo que tenha, como dito pelo STF, sido condenado a três anos de privativa de liberdade, mesmo que venha a substituir sua pena por um ano de restritiva de direitos, permanecerá com um prazo prescricional de oito anos, segundo o art. 109, IV, CP.

Prescrição da lei de tóxicos – Lei nº 11.343/06. Afirmam os arts. 28 e 30 desta Lei:

Art. 28 da Lei de Tóxicos. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§1º. Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§3°. As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§4°. Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§5°. A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§6°. Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§7°. O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

[...]

Art. 30 da Lei de Tóxicos. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observando, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

Prescrição no caso de evasão do condenado. Afirma o art. 113 do Código Penal:

Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional

Art. 113 do Código Penal. No caso de evadir-se o condenado ou revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

1) **Pena privativa de liberdade:**

No caso de evasão durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, conta-se o prazo prescricional de pretensão executória a partir do tempo restante de pena. Por exemplo, o indivíduo se evade restando 1 ano e 4 meses de pena. Neste caso, analisando-se o art. 109, CP, o prazo prescricional de pretensão executória será de 4 anos. Tal prazo inicia-se no dia em que o mesmo se evade.

2) **Revogação do livramento condicional:**

No caso de evasão após a revogação do livramento condicional ocorre a mesma situação. Conta-se o prazo prescricional de pretensão executória mediante o restante da pena, porém o termo inicial do prazo prescricional de pretensão executória, neste caso, é a data do trânsito em julgado da sentença que houver revogado o livramento condicional.

Prescrição na pena de multa. Afirma o art. 114 do Código Penal:

Prescrição da multa

Art. 114 do Código Penal. A prescrição da pena de multa ocorrerá: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

I – em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

O artigo é extremamente claro, apresentando duas hipóteses:

- 1) O prazo prescricional será de dois anos, uma vez que a multa seja a única pena cominada/ aplicada;
- 2) O prazo prescricional será idêntico à pena privativa de liberdade, uma vez que a multa seja aplicada cumulativamente cominada/ aplicada, ou seja, quando a pena de multa for aplicada juntamente com uma pena restritiva de direitos ou privativa de liberdade, por exemplo.

Prescrição antecipada ou virtual. Tal hipótese não apresenta previsão legal, sendo uma criação doutrinária e jurisprudencial.

Ratifica o STF mediante a Súm. 438:

Súmula nº 438 do Supremo Tribunal Federal. É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Comenta o Prof. Rogério Greco:

Entendemos que a posição, com a devida vênia, é equivocada. Isso porque, para que uma ação tenha início, ou mesmo para que possa caminhar até seu final julgamento, é preciso que se encontrem presentes as chamadas condições para o regular exercício do direito de ação, vale dizer: a) legitimidade; b) interesse; c) possibilidade jurídica do pedido; e d) justa causa.

Ao estudarmos as referidas condições da ação no capítulo a elas correspondente, dissemos que o interesse de agir se biparte em: interesse-necessidade e interesse-utilidade da medida. Concluímos que para que se possa aplicar pena haverá sempre necessidade de um procedimento formal em juízo, com todos os controles que lhe são inerentes. Portanto, sempre na jurisdição penal estará preenchida a condição interesse de agir, na modalidade necessidade da medida. Contudo, o interesse-utilidade nem sempre estará presente.

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente tenha sido processado pela prática de um delito de lesão corporal de natureza leve, cuja pena varia de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção. Vamos deixar

de lado o fato de que, normalmente, esse delito é julgado pelo Juizado Especial Criminal. Suponhamos que o fato tenha ocorrido em 1º de junho de 2010. A denúncia foi recebida no dia 30 de agosto de 2010. No entanto, decorridos mais de três anos após o recebimento da denúncia, a instrução do processo ainda não foi encerrada. O juiz, a título de raciocínio, durante a correição, que é realizada anualmente, se depara com esse processo, e percebe, através de uma análise antecipada de todo o conjunto probatório, que, se o réu vier a ser condenado, jamais receberá a pena máxima prevista pelo art. 129, caput, do Código Penal, ou seja, sua pena, em caso de condenação, será inferior a 1 (um) ano.

Conforme a nova redação dada pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, ao inciso VI do art. 109 do Código Penal, a prescrição ocorrerá em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Assim, de acordo com o nosso exemplo, no momento em que o juiz depara com aquele processo, durante o procedimento de correição, destinado a aferir a regularidade dos feitos que estão em tramitação, verifica que já se passaram mais de 3 (anos) e que a pena, em caso de condenação, será inferior a 1 (um) ano. Isso significa que, se o réu for realmente condenado, fatalmente deverá ser reconhecida a chamada prescrição retroativa, contada a partir do recebimento da denúncia, até publicação da sentença condenatória recorrível.

Redução dos prazos de prescrição. Afirma o art. 115 do Código Penal:

Redução dos prazos de prescrição

Art. 115 do Código Penal. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prescrição no concurso de crimes. Afirma o art. 119 do Código Penal:

Art. 119 do Código Penal. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Afirma Damásio de Jesus:

O dispositivo é aplicável ao concurso material, formal e crime continuado. Nos dois últimos, não se leva em conta o acréscimo de pena.

Portanto, como prevê o art. 119, CP, “a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”, ocorrerá o seguinte:

1) Concurso material:

Imaginemos um indivíduo que foi acusado no concurso de crimes material pelos crimes A, B e C, sendo as penas, respectivamente, 2, 4 e 6 anos. Por ser concurso de crimes material as penas somar-se-ão, resultando, assim, numa pena total de 12 anos.

Em relação à prescrição, porém, não funcionará assim. Esta incidirá sobre cada um isoladamente, ou seja:

Crime/Pena	Prescrição
A/2 anos	4 anos – art. 109, V
B/4 anos	8 anos – art. 109, IV
C/6 anos	12 anos – art. 109, III
Total: 12 anos	-

2) Concurso formal:

Ocorrerá normalmente o cálculo da pena, mediante a fixação do crime mais grave (ou de qualquer um dos crimes se forem iguais), aumentando de 1/6 a 1/2 para cada crime a mais cometido.

Assim, tendo cometido dois homicídios, mediante a direção de veículo automotor a soma da pena será a seguinte. Fixar-se-á o homicídio (2 anos, por exemplo) e acrescentará 1/6 pelo outro crime cometido (4 meses).

O prazo prescricional somente será computado mediante o crime fixado, desconsiderando as penas acrescidas.

Portanto:

Crime/Pena	Prescrição
Homicídio/2 anos	4 anos – art. 109, V
Homicídio/4 meses	-
Total: 2 anos e 4 meses	Prescrição total: 4 anos

3) Crime continuado:

Afirma a Súmula nº 497 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 497 do Supremo Tribunal Federal. Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se comutando o acréscimo da continuação.

Ou seja, para efeitos de pena a contagem será feita normalmente, ou seja, fixar-se-á a pena de uma as ações, aumentando de 1/6 a 2/3 para cada ação continuada. Para efeitos de prazo prescricional, não obstante, considerar-se-á somente a pena fixada na sentença, desconsiderando-se as penas acrescidas.

Portanto, tendo o indivíduo cometido crime continuado incidindo no tipo penal furto por 5 vezes. Quando à dosimetria da pena, fixar-se-á a pena de 2 anos (por exemplo) para uma das ações e acrescentar-se-á 4 meses (1/6 da pena fixada) para cada ação continuada. Portanto, no total, o indivíduo será condenado a 3 anos e 4 meses.

Em relação à prescrição, porém, considerar-se-á somente a pena fixada, ou seja, 2 anos. Analisa-se o art. 109, CP, concluindo-se, assim, que o prazo prescricional para tal caso será de 4 anos, segundo o inciso V.

3.5.7. Impedimentos e Interrupções da Prescrição

Afirmam os arts. 116 a 119 do Código Penal:

Causas impeditivas de prescrição

Art. 116 do Código Penal. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – enquanto o agente cumpre a pena no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Causas interruptivas da prescrição

Art. 117 do Código Penal. O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – pela pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – pela decisão confirmatória da pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007)

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

VI – pela reincidência. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

§1º. Executados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§2º. Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia de interrupção. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 118 do Código Penal. As penas mais leves prescrevem com as mais graves. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 119 do Código Penal. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

3.5.8. Tabela de Prazos Prescricionais

Segue a tabela elaborada por Nucci:

Penas (em abstrato ou concreto)	Prazo	Exceção 1: réu menor de 12 anos na data do fato ou maior de 70 na data da sentença – art. 115	Exceção 2: réu reincidente no caso de prescrição da pretensão executória da pena – art. 110, caput, parte final, e Súm. N° 220 do STJ (aumento de 1/3)	
Inferior a 1 ano	3 anos	1 anos e 6 meses	4 anos	2 anos
1 a 2 anos	4 anos	2 anos	5 anos e 4 meses	2 anos e 8 meses
Mais de 2 anos até 4 anos	8 anos	4 anos	10 anos e 8 meses	5 anos e 4 meses
Mais de 4 anos até 8 anos	12 anos	4 anos	16 anos	8 anos
Mais de 8 anos até 12 anos	16 anos	8 anos	21 anos e 4 meses	10 anos e 8 meses
Superior a 12 anos	20 anos	10 anos	26 anos e 8 meses	26 anos e 8 meses