

INTRODUÇÃO

CONCEITO DE DIREITO PENAL

NOTA INTRODUTÓRIA

A vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleça as regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos que a compõem. O conjunto dessas regras, é denominado *direito positivo*. A reunião das normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança, dá-se o nome de direito penal.

CONCEITO DE DIREITO PENAL

Como o Estado não pode aplicar as sanções penais arbitrariamente, na legislação penal são definidos esses fatos graves, que passam a ser ilícitos penais (crimes e contravenções), estabelecendo-se as penas e as medidas de segurança aplicáveis aos infratores dessas normas.

O direito penal tem um caráter fragmentário, pois não encerra um sistema exaustivo de proteção aos bens jurídicos, mas apenas elege, conforme o critério do “merecimento da pena”, determinados pontos essenciais.

Pode-se dizer que o fim do direito penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, etc.).

DIREITO PENAL é o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime, através das penas e medidas de segurança.

Não se pode deixar de reconhecer, ao menos em caráter secundário, que o direito penal tem uma aspiração ética: deseja evitar o cometimento de crimes que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados (é destinado à proteção dos bens jurídicos).

CARACTERES DE DIREITO PENAL

Diz-se que o direito penal é uma ciência cultural e normativa. É uma *ciência cultural* porque indaga o dever ser, traduzindo-se em regras de conduta que devem ser observadas por todos no respeito aos mais relevantes interesses sociais. É também uma *ciência normativa*, pois seu objeto é o estudo da lei, da norma do direito positivo, como dado fundamental e indiscutível na sua observância obrigatória.

O direito positivo é valorativo, finalista e sancionador.

A norma penal é *valorativa* porque tutela os valores mais elevados da sociedade, dispondo-os em uma escala hierárquica e valorando os fatos de acordo com a sua gravidade.

Tem ainda a lei penal caráter *finalista*, porquanto visa à proteção de bens e interesses jurídicos merecedores da tutela mais eficiente que só podem ser eficazmente protegidos pela ameaça legal de aplicação de sanções de poder intimidativo maior, como a pena. Essa prevenção é a maior finalidade da lei penal.

Afirma-se que se trata, também, de um direito constitutivo porque possui um ilícito próprio, oriundo da tipicidade, uma sanção peculiar (pena), e institutos exclusivos como o *sursis*.

POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA

O direito penal pertence ao direito público.

Destinado a vigor nos limites territoriais como direito positivo de determinado país é o direito penal ramo do direito público interno.

DIREITO PENAL OBJETIVO E DIREITO PENAL SUBJETIVO

Denomina-se ***direito penal objetivo*** o conjunto de normas que regulam a ação estatal, definindo os crimes e cominando as respectivas sanções. Somente o Estado, na sua função de promover o bem comum e combater a criminalidade, tem o direito de estabelecer e aplicar essas sanções. É, pois, o único e exclusivo titular do “direito de punir” (jus puniendi) que constitui o que se denomina ***direito penal subjetivo***.

DIREITO PENAL COMUM E DIREITO PENAL ESPECIAL

O direito penal comum se aplica a todas as pessoas e aos atos delitivos em geral.

O direito penal especial é dirigido a uma classe de indivíduos de acordo com sua qualidade especial, e a certos atos ilícitos particularizados.

Pode-se falar em legislação penal comum em relação ao código penal, e em legislação penal especial como sendo as normas penais que não se encontram no referido estatuto.

DIREITO PENAL SUBSTANTIVO E DIREITO PENAL ADJETIVO

Direito penal substantivo (ou material) é representado pelas normas que definem as figuras penais, estabelecendo as sanções respectivas, bem como os princípios gerais a elas relativos (Código Penal, Lei da Contravenções penais, etc.).

Direito penal adjetivo (ou formal) constitui-se de preceitos de aplicação do direito substantivo e de organização judiciária.

2RELAÇÕES DO DIREITO PENAL

INTRODUÇÃO

Como o sistema jurídico de um país é formado de elementos que se completam, sem contradições, o direito penal, como uma das partes desse todo, tem íntima correlação com os demais ramos da ciência jurídica.

RELAÇÕES COM AS CIÊNCIAS JURÍDICAS FUNDAMENTAIS

Relaciona-se o direito penal com a *filosofia do direito*. As investigações desta levam à fixação de princípios lógicos, à formulação de conceitos básicos e à definição de categorias fundamentais e indispensáveis à elaboração da lei penal.

Com a *teoria geral do direito*, em que são elaborados conceitos e institutos jurídicos válidos para todos os ramos do direito, relaciona-se o direito penal.

Estudando o ordenamento jurídico nas suas causas e funções sociais, a *sociologia jurídica* tem por foco o fenômeno jurídico como fato social, resultante de processos sociais.

RELAÇÕES COM OUTROS RAMOS DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

O direito penal relaciona-se com o *Direito Constitucional*, em que se define o Estado e seus fins, bem como os direitos individuais, políticos e sociais. É na carta magna que se estabelecem normas específicas para resolver um conflito entre os direitos dos indivíduos e a sociedade.

Como é administrativa a função de punir, é evidente o relacionamento do Direito Penal com o *Direito Administrativo*. A lei penal é aplicada através dos agentes de administração (juiz, promotor de justiça, delegado de polícia, etc.).

O *Direito Processual Penal*, já denominado de direito penal adjetivo, é um ramo jurídico autônomo, em que se prevê a forma de realização e aplicação da lei penal, tornando efetiva a sua função de prevenção e repressão dos crimes. É íntima a relação entre o Direito penal e o Direito processual penal, porque é através deste que se decide sobre a procedência de aplicação do *jus puniendi* (direito penal subjetivo) do Estado, em conflito com o *jus libertatis* do acusado.

Como se acentua a cooperação internacional na repressão ao crime, fala-se em *Direito penal Internacional* como ramo do direito que tem por objetivo a luta contra a criminalidade universal.

Deve-se fazer referência também ao *Direito Internacional penal*, ramo do direito internacional público que tem por objetivo a luta contra as infrações internacionais.

Quanto ao *Direito Civil* um mesmo fato pode caracterizar um ilícito penal e obrigar a uma reparação civil.

Com relação ao *Direito Comercial*, tutela a lei penal institutos como o cheque, a duplicata, etc.

RELAÇÃO COM AS DISCIPLINAS AUXILIARES

Na *Medicina Legal*, que é a aplicação de conhecimentos médicos para a realização de leis penais ou civis, verificam-se a existência, a extensão e a natureza dos danos à saúde e à vida, a ocorrência de atentados sexuais, etc.

A *criminalística*, também chamada polícia científica, é a técnica que resulta da aplicação de várias ciência e investigação criminal, colaborando na descoberta dos crimes e na identificação de seus autores

A *Psiquiatria Forense* estuda os distúrbios mentais em face dos problemas judiciários.

3CRIMINOLOGIA E CIÊNCIAS PENAIS

CRIMINOLOGIA

A criminologia é um conjunto de conhecimentos que estudam os fenômenos e as causas da criminalidade, a personalidade do delinqüente e sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo.

BIOLOGIA CRIMINAL

Pode-se dividir a criminologia em dois grandes ramos: o da biologia criminal e o da sociologia criminal.

Estuda-se na *Biologia Criminal* o crime como fenômeno individual, ocupando-se essa ciência das condições naturais do homem criminoso no seu aspecto físico, fisiológico e psicológico. Inclui ela os estudos da antropologia, psicologia e endocrinologia criminais.

A *Antropologia Criminal*, criada por César Lombroso, preocupa-se com os diferentes aspectos do homem n que concerne à sua constituição física, aos fatores endógenos e à atuação do delinqüente no ambiente físico e social.

A *Psicologia Criminal* trata do diagnóstico e prognóstico criminais. Ocupa-se com o estudo das condições psicológicas do homem na formação do ato criminoso, do dolo e da culpa, da periculosidade e até do problema objetivo da aplicação da pena e da medida de segurança.

A *Endocrinologia Criminal* é a ciência que estuda as glândulas endócrinas e a sua influência na conduta do homem.

SOCIOLOGIA CRIMINAL

Tomando-se o crime como um fato da vida em sociedade, a sociologia criminal estuda-o como expressão de certas condições do grupo social.

4BREVE HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

TEMPOS PRIMITIVOS

Nos grupos sociais dessa era, envoltos em ambiente mágico e religioso, a peste, a seca e todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como resultantes das forças divinas. Para aplacar a ira dos deuses, criaram-se séries de proibições (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por *tabu*, que não obedecidas, acarretavam castigo. A infração totêmica ou a desobediência *tabu* levou a coletividade à punição do infrator para desagrar a entidade, gerando-se assim o que, modernamente, denominamos “crime” e “pena”.

FASES DA VINGANÇA PENAL

Na denominada fase da *vingança privada*, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo. Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge o *talião*, que limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado.

A fase da *vingança divina* deve-se a influência decisiva da religião na vida dos povos antigos. O direito penal impregnou-se de sentidos místicos desde os seus primórdios, já que se devia reprimir o crime como satisfação aos deuses pela ofensa praticada no grupo social. O castigo ou oferenda, por delegação divina era aplicado pelos sacerdotes que infligiam penas severas, cruéis e desumanas, visando especialmente à intimidação.

Com a maior organização social, atingiu-se a fase da *vingança pública*. No sentido de se dar maior estabilidade ao Estado, visou-se à segurança do príncipe ou soberano através da aplicação da pena, ainda severa e cruel.

PERÍODO HUMANITÁRIO

É no decorrer do período humanitário que se inicia o período humanitário do direito penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVII. É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é.

Em 1764, Cesar Bonesana, Marquês de Beccaria, filósofo imbuído dos princípios pregados por Rousseau e Montesquieu, fez publicar em Milão, a obra *Dei Delitti e Delle Pene* (dos delitos e das penas), um pequeno livro que se tornou o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente.

São os seguintes os princípios básicos pregados pelo filósofo que, não sendo totalmente original, firmou em sua obra os postulados básicos do direito penal moderno, mitos dos quais adotados pela declaração dos direitos do homem, da revolução francesa:

1 Os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por essa razão não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontece nos casos da pena de morte e das sanções cruéis.

2 Só as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente.

3 As leis devem ser conhecidas pelo povo, redigidas com clareza para que possa ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos, etc.

DIREITO PENAL NO BRASIL

Quando se processou a colonização do Brasil, a ideia de direito penal que podem ser atribuídas aos indígenas estavam ligadas ao direito costumeiro, encontrando-se nele a vingança privada, a vingança coletiva e o talião.

No período colonial, o crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores.

Proclamada a independência era sancionado o código criminal do império, fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de quatorze anos.

Em 1º de janeiro de 1942 entrou em vigor o Código Penal que ainda é nossa legislação penal fundamental.

Seus princípios básicos são: a adoção do dualismo culpabilidade - pena e periculosidade - medida de segurança; a consideração a respeito da personalidade criminoso; a aceitação excepcional da responsabilidade objetiva.

FONTES DO DIREITO PENAL

ANALOGIA

Diante do princípio da legalidade e da pena, pelo qual não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei, é inadmissível o emprego da analogia para criar ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais. Nada impede, entretanto, a aplicação da analogia às normas não incriminadoras quando se vise, na lacuna evidente da lei, favorecer a situação do réu por um princípio de equidade. Há no caso, a chamada “analogia *in bonam partem*”, que não contraria o princípio da reserva legal.

LEI PENAL

NORMA PENAL EM BRANCO

Enquanto a maioria das normas penais incriminadoras é composta de normas completas, possuem preceito e sanções integrais de modo que sejam aplicadas sem a complementação de outras, existem algumas com preceitos indeterminados ou genéricos, que devem ser preenchidos ou completados. As normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, existindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto.

APLICAÇÃO DA LEI PENAL

1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

CONCEITO E HISTÓRICO

O princípio da legalidade (da reserva legal) está inscrito no artigo 1º do código penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. (art. 5º, XXXIX, CF)

Pelo princípio da legalidade alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime. O também denominado princípio da reserva legal tem, entre vários significados, o da reserva absoluta da lei (emanada do poder legislativo, através de procedimento estabelecido em nível constitucional) para a definição dos crimes e cominação das sanções penais, o que afasta não só outras fontes do direito como as regras jurídicas que não são lei em sentido estrito, embora tenham o mesmo efeito, como ocorre, por exemplo, com a medida provisória, instrumento totalmente inadequado para tal finalidade.

Infringe o princípio da legalidade a descrição penal vaga e indeterminada que não possibilita determinar qual a abrangência do preceito primário da lei penal e possibilita com isso o arbítrio do julgador.. também infringe o princípio da legalidade a cominação de penas relativamente indeterminadas em margens elásticas. Em razão do princípio da legalidade é vedado o uso da analogia para punir alguém por um fato não previsto em lei, por ser este semelhante a outro por ela definido.

O princípio da legalidade se obtido no quadro da denominada “função de garantia penal”, que provoca o seu desdobramento em quatro princípios:

anullum crimen, nulla poena sine lege praevia (proibição da edição de leis retroativas que fundamentam ou agravem a punibilidade);

bnullum crimen, nulla poena sine lege scripta (proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário);

cnullum crimen, nulla poena sine lege stricta (proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia);

dnullum crimen, nulla poena sine lege certa (a proibição de leis penais indeterminadas).

2.2 A LEI PENAL NO TEMPO

INTRODUÇÃO

De acordo com o princípio *tempus regit actum*, a lei rege, em geral, os fatos praticados durante a sua vigência. Não pode, em tese, alcançar fatos ocorridos em período anterior ao início de sua vigência nem ser aplicada àqueles ocorridos após a sua revogação. Entretanto, por disposição expressa do próprio diploma legal, é possível a ocorrência da retroatividade e da ultratividade da lei. Denomina-se *retroatividade* o fenômeno pelo qual uma norma jurídica é aplicada a fato ocorrido antes do início de sua vigência e *ultratividade* à aplicação dela após a sua revogação.

PRINCÍPIOS DA LEI PENAL NO TEMPO

NOVATIO LEGIS INCRIMINADORA

A primeira hipótese trata da lei nova que torna típico fato anteriormente não incriminado. Nessa hipótese a lei penal é irretroativa.

ABOLITIO CRIMINIS

Ocorre a chamada *abolitio criminis* quando a lei nova já não incrimina fato que anteriormente era considerado como ilícito penal. A nova lei, que se presume ser mais perfeita que a anterior, demonstrando não haver mais, por parte do estado, interesse na punição do autor de determinado fato, retroage para alcançá-lo.

Não há *abolitio criminis* se a conduta praticada pelo acusado e prevista na lei revogada, e ainda submissível a outra lei penal em vigor. Pela *abolitio criminis* se fazem desaparecer o delito e todos os seus reflexos penais, permanecendo apenas os civis.

NOVATIO LEGIS IN PEJUS

A terceira hipótese refere-se à nova lei mais severa a anterior. Vigê, no caso, o princípio da irretroatividade da lei penal “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

NOVATIO LEGIS IN MELLIUS

A última hipótese é a da lei nova mais favorável que a anterior. Além da *abolitio criminis*, a lei nova pode favorecer o agente de várias maneiras. “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado

LEI INTERMEDIÁRIA

Em caso de vigência de três leis sucessivas, deve-se ressaltar que sempre será aplicada a lei mais benigna, entre elas: a posterior será retroativa quando às anteriores e a antiga será ultrativa em relação àquelas que a sucederem. Se, entre as leis que se sucedem, surge uma intermediária mais benigna, embora não seja nem a do tempo do crime nem daquela em que a lei vai ser aplicada, essa lei intermediária mais benévola aplicada, segundo art. 2º do CP.

CONJUGAÇÃO DE LEIS

Com a aplicação hipotética das duas leis em confronto, se poderá escolher a mais benigna.

COMPETÊNCIA PARA A APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA

A aplicação da lei mais favorável cabe ao magistrado que presidir o processo enquanto não houver proferido sentença, ou, se o feito já estiver sentenciado, ao Tribunal que julgar eventual recurso.

LEIS TEMPORÁRIAS E EXCEPCIONAIS

De acordo com o art. 3º do CP, a lei excepcional ou temporária embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que as determinaram, aplicam-se ao fato praticado ao fato praticado durante sua vigência.

Leis temporárias são as que possuem vigência previamente fixada pelo legislador.

Leis excepcionais são as que vigem durante situações de emergência.

Essas espécies de lei tem ultratividade, ou seja, aplicam-se ao fato cometido sob o seu império, mesmo depois de revogadas pelo decurso do tempo ou pela superação do estado excepcional.

A RETROATIVIDADE E A LEI PENAL EM BRANCO

Revogada a norma complementar (decreto, portaria, regulamento, etc.), não desaparecerá o crime. O que foi revogado ou alterado é a norma complementar e não a lei. Para os que entendem a norma complementar integra a lei penal, sendo ela excepcional ou temporária possui também o caráter de ultratividade diante do art. 3º do CP.

Assim, pode-se concluir que há de se fazer uma distinção: a) se a norma penal em branco tem caráter excepcional ou temporário, aplica-se o art. 3º do CP, sendo a norma complementar ultrativa; b) se, ao contrário, não tem ela caráter temporário ou excepcional, aplica-se o art. 2º, parágrafo único, ocorrendo a *abolitio criminis*.

TEMPO DO CRIME

Necessário se torna saber qual é o tempo do crime, ou seja, a ocasião, o momento, a data em que se considera praticado o delito para a aplicação da lei penal a seu autor.

Três são as teorias a respeito da determinação do tempo do crime. Pela teoria da *atividade*, considera-se como tempo do crime o momento da conduta (ação ou omissão). Pela teoria do *resultado* (ou do efeito), considera-se tempo do crime o momento de sua consumação, não se levando em conta a ocasião em que o agente praticou a ação. Por fim, a teoria *mista* considera como tempo do crime tanto o momento da conduta como o d resultado.

Art. 4º “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

Quanto ao termo inicial do prazo de prescrição, determina-se que a prescrição começa a correr do dia em que o crime se consumou. Na decadência, o prazo é contado do dia em que o ofendido veio a saber quem é o autor do crime ou, em se tratando de ação privada subsidiária, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

3A LEI PENAL NO ESPAÇO

INTRODUÇÃO

Pode um crime violar interesses de dois ou mais países, quer por ter sido a ação praticada no território de um e a consumação dar-se em outro.

PRINCÍPIOS DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO

O princípio da *territorialidade* prevê a aplicação da lei nacional ao fato praticado no território do próprio país.

O princípio da *nacionalidade* (ou de personalidade) cogita da aplicação da lei do país de origem do agente, pouco importando o local onde o crime foi praticado. O estado tem o direito de exigir que o seu cidadão no estrangeiro tenha determinado comportamento (nacionalidade ativa - somente se considera, se o autor do delito é nacional, sem se cogitar da vítima; nacionalidade passiva - exige, para a aplicação da lei penal, que sejam nacionais o autor e o ofendido do ilícito penal.

Pelo princípio da *proteção* (da competência real, de defesa), aplica-se a lei do país ao fato que atinge bem jurídico nacional, sem qualquer consideração a respeito do local onde foi praticado o crime ou da nacionalidade do agente.

Pelo princípio da *competência universal* (ou da justiça cosmopolita), o criminoso deve ser julgado e punido onde for detido, segundo as leis deste país, não se levando em conta o lugar do crime, a nacionalidade do autor ou o bem jurídico lesado.

Por fim há o princípio da *representação*, subsidiário, que determina a aplicação da lei do país quando, por deficiência legislativa ou desinteresse de outro que deveria reprimir o crime, este não o faz, e diz respeito aos delitos cometidos em aeronaves ou embarcações.

TERRITORIALIDADE

Prevê o art. 5º do CP: “aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”. É evidente, portanto, que a nossa legislação consagra, como base para a aplicação da lei penal no espaço, o princípio da territorialidade.

CONCEITO DE TERRITÓRIO

Em sentido estrito (material), território abrange o solo (e subsolo) sem solução de continuidade e com limites reconhecidos, as águas interiores, o mar territorial, a plataforma continental e o espaço aéreo.

Território por extensão (ou ficção) - 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.

LUGAR DO CRIME

Para a aplicação da regra da territorialidade é necessário entretanto, que se esclareça qual é o lugar do crime:

1ª teoria da *atividade* (ou da ação), em que o lugar do crime é o local da conduta criminosa (ação ou omissão);

2ª teoria do *resultado* (ou do efeito), em que se considera para a aplicação da lei o local da consumação (ou do resultado) do crime;

3ª teoria da *ubiquidade* (ou da unidade mista), pela qual se entende como lugar do crime tanto o local da conduta como o do resultado.

EXTRATERRITORIALIDADE INCONDICIONADA

O art. 7º do CP prevê a aplicação da lei brasileira a crimes cometidos no estrangeiro. São os casos de extraterritorialidade da lei penal.

O inciso I refere-se aos casos de extraterritorialidade incondicionada, uma vez que é obrigatória a aplicação da lei brasileira ao crime cometido fora do território brasileiro.

As hipóteses de direito inciso I, com exceção da última (d), fundadas no princípio de proteção, são as consignadas nas alíneas a seguir enumeradas:

a) Contra a vida ou a liberdade do presidente da república.

b) Contra o patrimônio ou a fé pública da União, do distrito federal, de estado, de território, de município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo poder público;

c) Contra a administração pública, por quem está a seu serviço;

d) De genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil. Nesta última hipótese adotou-se o princípio da justiça ou competência universal.

Em todas essas hipóteses o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

EXTRATERRITORIALIDADE CONDICIONADA

O inciso II, do art. 7º, prevê três hipóteses de aplicação da lei brasileira a autores de crimes cometidos no estrangeiro. São os casos de extraterritorialidade condicionada, pois dependem dessas condições:

aCrimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir. Utilizou-se o princípio da justiça ou competência universal;

bCrimes praticados por brasileiro. Tendo o país o dever de obrigar o seu nacional a cumprir as leis, permite-se a aplicação da lei brasileira ao crime por ele cometido no estrangeiro. Trata-se do dispositivo da aplicação do princípio da nacionalidade ou personalidade ativa;

cCrimes praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. Inclui-se no CP o princípio da representação.

A aplicação da lei brasileira, nessas três hipóteses, fica subordinada a todas as condições estabelecidas pelo § 2º do art. 7º. Depende, portanto, das condições a seguir relacionadas:

aEntrada do agente no território nacional;

bSer o fato punível também no país em que foi praticado. Na hipótese de o crime ter sido praticado em local onde nenhum país tem jurisdição (alto mar, certas regiões polares), é possível a aplicação da lei brasileira.

cEstar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição

dNão ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

O art. 7º, § 3º, prevê uma última hipótese da aplicação da lei brasileira: a do crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil. É ainda um dispositivo calcado na teoria de proteção, além dos casos de extraterritorialidade incondicionada. Exige o dispositivo em estudo, porém, além das condições já mencionadas, outras duas:

- que não tenha sido pedida ou tenha sido negada a extradição (pode ter sido requerida, mas não concedida);
- que haja requisição do ministro da justiça.

PENA CUMPRIDA NO ESTRANGEIRO

Considerando que, sendo possível a aplicação da lei brasileira a crimes cometidos em território de outro país, ocorrerá também a incidência da lei estrangeira, dispõe o código como se deve proceder para se evitar a dupla posição. Cumprida a pena pelo sujeito ativo do crime no estrangeiro, será ela descontada na execução pela lei brasileira, quando forem idênticas, respondendo efetivamente o sentenciado pelo saldo a cumprir se a pena imposta no Brasil for mais severa. Se a pena cumprida no estrangeiro for superior à imposta no país, é evidente que esta não será executada.

No caso de penas diversas, aquela cumprida no estrangeiro atenuará a aplicada no Brasil, de acordo com a decisão do juiz no caso concreto, já que não há regras legais a respeito dos critérios de atenuação que devem ser obedecidos.

5DISPOSIÇÕES FINAIS SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI PENAL

EFICÁCIA DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

A sentença penal estrangeira produz alguns efeitos no Brasil, independentemente de qualquer condição. É considerada nesses casos, como fato jurídico, capaz de produzir efeitos jurídicos perante a lei brasileira. Bastará, pois, uma prova documental idônea (certidão devidamente trazida, por exemplo) para que a sentença estrangeira produza aqueles efeitos previstos expressamente na lei penal brasileira.

CONTAGEM DE PRAZO

O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo (art. 10, primeira parte, do CP). Trata-se, no dispositivo, de disciplinar a contagem do prazo penal que tem relevância especial nos casos de duração de pena, do livramento condicional, do sursis, Da decadência, da prescrição, etc., institutos de direito penal.

Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum. Há no caso imprecisão tecnológica. O calendário comum a que se refere o legislador tem o nome de gregoriano, em contraposição ao juliano, judeu, árabe, etc.

FRAÇÕES NÃO COMPUTÁVEIS DA PENA

Segundo o art. 11, desprezam-se, nas penas privativas de liberdade nas restritivas de direitos, as frações de dia e, na pena de multa, as frações de cruzeiro. Também se tem entendido que, por analogia com o art. 11, deve ser desprezada a fração de dia multa, como se faz para o dia de pena privativa de liberdade. Extintos o cruzeiro antigo e o cruzado, o novo cruzeiro e o cruzeiro real, o real é a unidade monetária nacional, devendo ser desprezados os centavos, fração da nova moeda brasileira.

FATO TÍPICO

1 CONCEITO DE CRIME

CONCEITOS FORMAIS

Sob o aspecto formal, podem-se citar os seguintes conceitos de crime: "crime é o fato humano contrário à lei". "crime é qualquer ação legalmente punível. Não penetram, contudo, em sua essência, em seu conteúdo, em sua matéria.

CONCEITOS MATERIAIS

A melhor orientação para obtenção de um conceito material de crime, é aquela que tem em vista o bem protegido pela lei penal. Tem o estado a finalidade de obter o bem coletivo, mantendo a ordem, a harmonia e o equilíbrio social, qualquer que seja a finalidade do estado, ou seu regime político. "Crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal.

CONCEITOS ANALÍTICOS

O conceito formal de delito com referência aos elementos que o compõem, de caráter analítico, tem evoluído. "Ação humana, antijurídica, típica, culpável e punível". Se a conduta é um dos componentes do fato típico, deve-se definir o crime como "fato típico e antijurídico".

CARACTERÍSTICAS DO CRIME SOB O ASPECTO FORMAL

São características do crime, sob o aspecto analítico:

- aa tipicidade;
- ba antijuridicidade.

FATO TÍPICO - é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca, em regra, um resultado, e é previsto como infração penal.

FATO ANTIJURÍDICO - é aquele que contraria o ordenamento jurídico.

ILÍCITO PENAL E ILÍCITO CIVIL

Entende o legislador que determinados fatos antijurídicos não atingem bens jurídicos tão relevantes que devam ser protegidos pela lei penal, não os eleva a categoria de ilícito penal.

A distinção assinalada não impede que, além da sanção penal ao autor de um crime de furto, seja imposta a sanção civil.

O CRIME NA TEORIA GERAL DO DIREITO

Como o crime é apenas uma conduta humana de feitos jurídicos involuntários (imposição de pena, etc.) e um ato que contrasta com a ordem jurídica (ato ilícito), pode-se situar o crime entre os fatos jurídicos.

O TIPO PENAL

A lei deve especificar exatamente a matéria de sua proibições, os fatos que são proibidos sob ameaça de sanção penal, ou seja, o que é considerado crime. Isto é feito através dos tipos penais.

Tipo é a descrição concreta da conduta proibida, ou seja, do conteúdo ou da matéria da norma.

TIPOS DOLOSOS E TIPOS CULPOSOS

Dolo e culpa não integram a culpabilidade, mas fazem parte do próprio fato típico.

A estrutura do tipo doloso se compõe de duas partes: tipo objetivo e tipo subjetivo.

O tipo objetivo (descrição abstrata de um comportamento) compreende a ação delituosa descrita com todas as suas características descritivas e, às vezes, de elementos normativos e subjetivos.

O tipo subjetivo compreende necessariamente o dolo, como elemento intencional e genérico, e eventualmente, outros elementos subjetivos especiais da conduta, chamados elementos subjetivos do tipo (injusto).

FATO TÍPICO

ELEMENTOS

Já foi visto que o crime é um fato típico e antijurídico. Para que se possa afirmar que o fato concreto tem tipicidade, é necessário que ele se contenha perfeitamente na descrição legal, ou seja, que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. Deve-se, por isso, verificar de que se compões a fato típico. São elementos do fato típico:

- aconduta (ação ou omissão);
- bo resultado;
- ca relação de causalidade;
- da tipicidade.

Caso o fato concreto não apresente um desses elementos, não é fato típico e, portanto, não é crime. Excetua-se, no caso, a tentativa, em que não ocorre o resultado.

TEORIA FINALISTA

Para a teoria finalista da ação (ou da ação finalista), como todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente casual. Como ela é um fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade.

CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS DA CONDUTA

Conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade.

Características:

É um comportamento humano, não estando incluídos, portanto, os fatos naturais, os do mundo animal e os atos praticados pelas pessoas jurídicas.

A conduta exige a necessidade de uma repercussão externa da vontade da gente. Não constituem conduta o simples pensamento, a cogitação, o planejamento intelectual da prática de um crime.

Constituem elementos da conduta um ato de vontade dirigido a um fim e a manifestação dessa vontade, que abrange o aspecto psíquico e o aspecto mecânico ou neuromuscular.

A vontade domina a conduta dolosa ou culposa. A diferença é que, na ação dolosa, a voluntariedade alcança o resultado, enquanto na culposa só vai até a causa do resultado.

Não constituem conduta os atos em que não intervém a vontade.

FORMAS DE CONDUTA

A conduta é, em regra, consubstanciada em uma ação em sentido estrito ou comissão, que é um movimento corpóreo, em fazer, um comportamento ativo. Omissão é o não fazer alguma coisa que é devida.

Quanto à omissão, ela é elemento do tipo penal. A conduta descrita no tipo é comissiva, de fazer, (matar, por exemplo), mas o resultado ocorre por não tê-lo impedido o sujeito ativo. Para que este responda pelo crime, porém, é necessário que tenha o dever de agir (dever jurídico de agir), ou seja, o dever de impedir o resultado, fundado, segundo uns, na teoria da ação esperada e, segundo outros, na obrigação de atender.

A nova lei passou a prever expressamente quando a omissão é penalmente relevante e estabeleceu quais as hipóteses em que o omitente devia agir para evitar o resultado. Nos termos do art. 14, § 2º, o dever de agir incumbe a quem:

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

A primeira hipótese (alínea a) refere-se ao dever legal. Deriva o dever de agir de uma norma jurídica que obriga alguém ao cuidado, proteção ou vigilância do bem jurídico. Exemplos de dever legal previstos na alínea a são: o dos pais de alimentar e cuidar dos filhos, etc.

Trata a alínea b da aceitação pelo sujeito do dever de impedir o evento por ter assumido previamente essa responsabilidade. A lei abrange o dever originado de uma manifestação unilateral de vontade. Exemplo: o médico que presta serviço de urgência em um pronto socorro, etc.

Por último, refere-se a lei, na alínea c, ao comportamento anterior do sujeito que criou o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo. Exemplo: o causador involuntário de um incêndio; o acompanhante do nadador principiante induzido a atravessar a um rio.

Presente o dever de agir, a omissão será atribuída penalmente ao garantidor desde que, no caso concreto, pudesse agir para evitar o resultado, como deixa claro o art. 13 § 2º. A possibilidade de agir deve ser entendida como a capacidade concreta para a execução de determinada ação com a finalidade de evitar o resultado. Pode agir quem:

- tem conhecimento da situação de fato;
- tem consciência da condição que o coloca na qualidade de garantidor;
- tem consciência de que pode executar a ação;

tem a possibilidade real-física de executar a ação.

É possível a omissão por culpa sem sentido estrito, respondendo por crime culposos o omitente nas seguintes hipóteses:

erro de apreciação da situação típica, como, por exemplo, o pai que, ouvindo gritos do filho, não o socorre, pensando que se trata de uma brincadeira, enquanto a criança se afoga;
erro na execução da ação, como por exemplo, em jogar substância inflamável em lugar de água para apagar incêndio;
erro sobre a possibilidade de agir, como, por exemplo, quando o garantidor supõe que a vítima está afogando-se em lugar profundo do rio, onde seria impossível salvá-la, permitindo que ela se afogue em águas rasas.

O crime comissivo por omissão, por existir somente quando o sujeito tem o dever de agir, é um crime próprio. Não havendo o dever de agir, conforme o art. 13, § 2º, o sujeito poderá responder, conforme a hipótese, por crime de omissão de socorro (art. 135).

CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Não há fato típico na ocorrência de resultado lesivo em decorrência de caso fortuito ou força maior.

FORTUITO é aquilo que se mostra imprevisível, quando não inevitável; é o que chega sem ser esperado e por força estranha à vontade do homem que não o pode impedir. Na mesma situação estão os casos de *FORÇA MAIOR*. Exemplo desta, sempre citado, é o da coação física irresistível.

O RESULTADO

Não basta a conduta para que o crime exista, pois é exigido, como vimos, o segundo elemento do fato típico, que é o resultado. É o efeito natural da ação que configura a conduta típica, ou seja, o fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado por relação de causalidade.

Conceito jurídico ou normativo de resultado - resultado deve ser entendido como lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal.

O resultado pode ser físico, fisiológico, ou psicológico.

Quanto à exigência de resultado naturalístico, os crimes podem ser materiais, formais ou de mera conduta.

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

Para haver fato típico é ainda necessário que exista relação de causalidade entre a conduta e o resultado.

O conceito de causa não é jurídico, mas da natureza; é a conexão, a ligação que existe numa sucessão de acontecimentos que pode ser entendida pelo homem

Para estabelecer, porém, o que se deve entender por causa em sentido jurídico penal, várias teorias foram elaboradas: a da causalidade adequada (causa é a condição mais adequada para produzir o resultado); a da relevância jurídica (é tudo que concorre para o evento ajustado à figura penal ou adequado ao tipo) etc.

Art. 13. 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 acontecido.

Não se distingue entre causa (aquilo que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos, seja positivamente a título de instrumento ou meio, seja negativamente, afastando os obstáculos). As forças concorrentes equívalem-se e sem uma delas o fato não teria ocorrido (*conditio sine qua non*).

Para que se possa reconhecer se a condição é causa do resultado, utiliza-se o processo hipotético de eliminação, segundo o qual causa é todo antecedente que não pode ser suprimido *in mente* sem afetar o resultado.

Não se elimina a relação de causalidade pela existência de uma concausa (preexistente, concomitante ou superveniente). A concausa é outra causa, que, ligada à primeira, concorre para o resultado.

Critica-se a adoção da teoria da equivalência das condições com a afirmação de que a corrente casual poderia ir ao infinito.

A objeção não tem razão de ser. Mesmo estabelecida a relação de causalidade entre o ato e o resultado, a relevância penal da causalidade acha-se limitada pelo elemento subjetivo do fato típico, pode ter o agente querido o fato ou por ter dado causa ao resultado ao não tomar as cautelas que dele se exigia, ou seja, só pratica conduta típica quem agiu com dolo ou culpa. A rigor, a adoção do princípio da *conditio sine qua non* tem mais relevância para excluir quem não praticou conduta típica do que para incluir quem a cometeu.

CAUSA SUPERVENIENTE

A causa superveniente, sendo totalmente independente da primeira impede o fluxo do nexo causal entre a conduta (envenenamento) e o resultado (morte por TCE). Diante do art. 13 caput, a conduta não sendo condição do resultado (que existiria ainda que não tivesse sido praticada a ação), implica a responsabilidade pelos fatos ocorridos até a causa superveniente. Na hipótese, o autor do envenenamento responderia pela tentativa de homicídio, nos termos do art. 13, caput, pela inexistência de relação entre essas causas.

Prevê, porém, o art. 13, § 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.

TIPICIDADE

Como último elemento do fato típico tem-se a tipicidade, que é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto e a descrição contida na lei. Como o tipo penal é composto não só de elementos objetivos, mas também de elementos normativos e subjetivos, é indispensável para a existência da tipicidade que não só o fato objetivamente considerado, mas também a sua antijuridicidade e os elementos subjetivos se subsumam a ele.

O tipo penal tem duas funções: a primeira é a da garantia, já que aperfeiçoa e sustenta o princípio da legalidade do crime. A segunda é a de indicar a antijuridicidade do fato à sua contrariedade ao ordenamento jurídico. A tipicidade é o indício da antijuridicidade do fato. Praticado um fato típico, presume-se também a sua antijuridicidade, presunção que somente cessa diante da existência de uma causa que a exclua. Assim, se A mata B voluntariamente, há um fato típico e, em princípio, antijurídico, mas se o fez, por exemplo, em legítima defesa, não existirá a antijuridicidade. Não sendo o fato antijurídico, não há crime. Há fatos, porém, antijurídicos que não são típicos, como, por exemplo, a fuga de preso sem ameaça ou violência e sem a colaboração de outrem, o dano culposos, etc. são eles fatos contrários ao ordenamento jurídico, mas não fatos típicos.

Num sentido amplo, tipo é a descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida. A atipicidade é a ausência de tipicidade.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA (OU DA BAGATELA)

Permite na maioria dos tipos excluir, em princípio, os danos de pouca importância. Não há crime de dano ou furto quando a coisa alheia não tem qualquer significação para o proprietário da coisa. É preciso, porém, que estejam comprovados o desvalor do dano, o da ação e o da culpabilidade.

A excludente da tipicidade (do injusto) pelo princípio da insignificância (ou da bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, não está inserta na lei brasileira, mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, desde que não *contra legem*.

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Como a intervenção do direito penal é requisitada por uma necessidade mais elevada de proteção à coletividade, o delito deve consubstanciar em um injusto mais grave e revelar uma culpabilidade mais elevada; deve ser uma infração que merece a sanção penal.

Essas idéias, consubstanciadas no chamado princípio da intervenção mínima, servem para inspirar o legislador, que deve buscar na realidade fática o substancial deve-ser para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados relevantes quando dos movimentos de criminalização, neocriminalização, descriminalização e despenalização.

SUJEITO ATIVO DO CRIME

Sujeito ativo do crime é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico. Só o homem isoladamente ou associado a outros, pode ser sujeito ativo do crime.

SUJEITO PASSIVO DO CRIME

Sujeito passivo do crime é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa. Nada impede que, em um delito, dois ou mais sujeitos passivos existam: desde que tenham sido lesados ou ameaçados em seus bens jurídicos referidos no tipo. São vítimas do crime.

OBJETOS DO CRIME

OBJETO JURÍDICO

Objeto do delito é tudo aquilo contra o que se dirige a conduta criminosa. Devem ser considerados, no seu estudo, o objeto jurídico e o material.

Objeto jurídico do crime é o bem-interesse protegido pela lei penal ou, “o bem ou interesse que o legislador tutela, em linha abstrata de tipicidade (fato típico), mediante uma incriminação penal”. conceituam-se *bem* como tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade humana, inclusive as de natureza moral e espiritual, etc.

OBJETO MATERIAL

Objeto material do crime é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa, ou seja, aquilo que a ação delituosa atinge.

TÍTULO E CLASSIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES PENAIS

CRIMES COMISSIVOS, OMISSIVOS PUROS E OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Crimes comissivos são os que exigem, segundo o tipo penal objetivo, em princípio, uma atividade positiva do agente, um fazer. No furto (art. 155) o subtrair; no rapto (art. 219) o raptar etc.

Crimes omissivos (ou omissivos puros) são os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico. Para a existência do crime basta que o autor se omita quando deve agir.

Fala-se também em crimes de conduta mista, em que no tipo penal se inscreve uma fase inicial comissiva, de fazer, de movimento, e uma final de omissão, de não fazer o devido.

Nos crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão, ou comissivos - omissivos), a omissão consiste na transgressão do dever jurídico de impedir o resultado, praticando-se o crime que, abstratamente, é comissivo. A omissão é forma ou meio de se alcançar um resultado (no crime doloso). Nos crimes omissivos impróprios a lei descreve uma conduta de fazer, mas o agente se nega a cumprir o dever de agir.

Não havendo obrigação jurídica de agir para evitar o resultado, não se pode falar em crime comissivo por omissão.

CRIMES UNISSUBJETIVOS E PLURISSUBJETIVOS

Crime unissubjetivo (monossubjetivo, unilateral) é aquele que pode ser praticado por uma só pessoa, embora nada impeça a co-autoria ou participação.

Crime plurissubjetivo (coletivo, de concurso necessário) é aquele que, por sua conceituação típica, exige dois ou mais agentes para a prática da conduta criminosa. Essas condutas podem ser *paralelas*, como no crime de quadrilha ou bando (art. 288), em que a atividade de todos tem o mesmo objetivo, um fim único; *convergentes*, como nos crimes bilaterais, em que é possível que uma delas não seja culpável e que tem como exemplos o adultério (art. 240) e a bigamia (art. 235); ou *divergentes*, em que as ações são dirigidas de uns contra outros, como na rixa (art. 137).

CRIME DOLOSO

TEORIAS SOBRE O DOLO

Três são as teorias que procuram estabelecer o conteúdo do dolo: a da vontade, a da representação e a do assentimento.

Para a *teoria da vontade*, age dolosamente quem pratica a ação consciente e voluntariamente.

Para a *teoria da representação*, o dolo é a simples previsão do resultado. Embora não se negue a existência da vontade na ação, o que importa para essa posição é a consciência de que a conduta provocará o resultado.

Para a *teoria do assentimento* (ou do consentimento) faz parte do dolo a previsão do resultado a que o agente adere, não sendo necessário que ele o queira.

Como será visto, o CP brasileiro adotou a teoria da vontade quanto ao dolo direto e a teoria de assentimento ao conceituar o dolo eventual.

CONCEITO E ELEMENTOS DO DOLO

Ao se examinar a conduta, verifica-se que, segundo a teoria finalista, é ela um comportamento voluntário (não reflexo) e que o conteúdo da vontade é o seu fim. Nessa concepção, a vontade é o componente subjetivo da conduta, faz parte dela e dela é inseparável.

A vontade é querer alguma coisa e o dolo é a vontade dirigida à realização do tipo penal. Assim, pode-se definir o dolo como a consciência e a vontade na realização da conduta típica, ou a vontade da ação orientada para a realização do tipo.

São elementos do dolo, portanto:

- a consciência - conhecimento do fato - que constitui a ação típica; e
- a vontade - elemento volitivo de realizar este fato.

O dolo inclui não só o objetivo que o agente pretende alcançar, mas também os meios empregados e as consequências secundárias de sua atuação. Há duas fases na conduta: uma interna e outra externa. A interna opera-se no pensamento do autor (e se não passa disso é penalmente indiferente), e consiste em:

- a) propor-se a um fim (matar um inimigo, por exemplo);
- b) selecionar os meios para realizar essa finalidade (escolher um explosivo, por exemplo);
- e
- c) considerar os efeitos concomitantes que se unem ao fim pretendido (a destruição da casa do inimigo, a morte de outras pessoas que estejam com ele etc.).

A segunda fase consiste em exteriorizar a conduta, numa atividade em que se utilizam os meios selecionados conforme a normal e usual capacidade humana de previsão. Caso o sujeito pratique a conduta nessas condições, age com dolo e a ele se podem atribuir o fato e suas consequências diretas (morte do inimigo e de outras pessoas, a demolição da casa, o perigo para os transeuntes, etc.).

DOLO NO CÓDIGO PENAL

Reza o art. 18, inciso I, do CP: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.” Como resultado deve-se entender a lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico.

Na primeira parte do dispositivo a lei refere-se ao agente que quer o resultado. É o que se denomina dolo direto; o agente realiza a conduta com o fim de obter o resultado.

Na segunda parte do inciso em estudo, a lei trata do dolo eventual. Nessa hipótese, a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado; o que ele quer é algo diverso, mas, prevendo que o evento possa ocorrer, assume assim mesmo o risco de causá-lo.

Age também com dolo eventual o agente que, na dúvida a respeito de um dos elementos do tipo, se arrisca em concretizá-lo.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO

Distingue a doutrina várias espécies de elementos subjetivos do tipo.

A primeira delas relaciona-se com a finalidade última do agente, ou seja, a meta que o agente deseja obter com a prática da conduta inscrita no núcleo do tipo e descrita no verbo principal do tipo penal. É o fim especial da conduta que está inscrito no próprio tipo.

A segunda espécie de elemento subjetivo do tipo é a que se refere a uma tendência especial da ação, própria de certos crimes contra os costumes.

Constitui também elemento subjetivo do tipo o estado de consciência do agente a respeito de determinada circunstância inscrita em certas descrições legais.

Por fim, há elementos subjetivos ligados ao momento especial de ânimo do agente.

ESPÉCIES DE DOLO

Distingue-se na doutrina o dolo direto ou determinado do dolo indireto ou indeterminado. No primeiro, o agente quer determinado resultado, como a morte da vítima, por exemplo no homicídio. No segundo, o conteúdo do dolo não é preciso, definido. Neste caso, poderá existir, o dolo alternativo, em que o agente quer, entre dois ou mais resultados (matar ou ferir, por exemplo), qualquer deles ou o dolo eventual.

Refere-se ainda a doutrina ao dolo de dano, em que o agente quer ou assume o risco de causar lesão efetiva e ao dolo de perigo, em que o autor da conduta quer apenas o perigo.

Distinção da doutrina tradicional é aquela que separa as espécies de dolo em dolo genérico e dolo específico. Dolo genérico é a vontade de realizar o fato descritivo na lei, em seu núcleo. Dolo específico é a vontade de realizar o fato com um fim especial. Foi visto, entretanto, que a distinção é falha, pois o que existe são os elementos subjetivos do tipo.

Fala-se por fim em dolo geral. Existe este nos casos em que o agente, supondo ter conseguido o resultado pretendido, pratica nova ação que, esta sim, vem a resultar no evento.

CRIME CULPOSO

CONCEITO DE CULPA

Tem-se conceituado na doutrina o crime culposos como a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado.

São assim, elementos do crime culposos:

- aa conduta;
- ba inobservância do dever de cuidado objetivo;
- co resultado lesivo involuntário;
- da previsibilidade; e
- ea tipicidade.

CONDUTA

Enquanto nos crimes dolosos a vontade está dirigida à realização de resultados objetivos ilícitos, os tipos culposos ocupam-se não com o fim da conduta, mas com as conseqüências anti-sociais que a conduta vai produzir; no crime culposos o que importa não é o fim do agente (que é normalmente lícito), mas o modo e a forma imprópria com que atua. Os tipos culposos proíbem assim condutas em decorrência da forma de atuar do agente para um fim proposto e não pelo fim em si. O elemento decisivo da ilicitude do fato culposos reside não propriamente no resultado lesivo causado pelo agente, mas no desvalor da ação que praticou. A conduta culposa é, portanto, elemento do fato típico.

DEVER DE CUIDADO OBJETIVO

A cada homem, na comunidade social, incumbe o dever de praticar os atos da vida com as cautelas necessárias para que o seu atuar não resulte dano a bens jurídicos alheios. Assim, se o agente não observa estes cuidados indispensáveis, causando com isso dano a um bem jurídico alheio, responderá por ele. É a inobservância do cuidado objeto exigível do agente que torna a conduta antijurídica.

RESULTADO

Em si mesma, a inobservância do dever de cuidado não constitui conduta típica porque é necessário outro elemento do tipo culposo: o resultado. Só haverá ilícito penal culposos se da ação contrária ao cuidado resultar lesão a um bem jurídico. Se, apesar da ação descuidada do agente, não houver resultado lesivo, não haverá crime culposos.

O resultado não deixa de ser um “componente de azar” da conduta humana no crime culposos. Não existindo resultado, não se responsabilizará por crime culposos o agente que inobservou o cuidado necessário, ressalvada a hipótese em que a conduta constituir, por si mesma, um ilícito penal.

Não haverá crime culposos mesmo que a conduta contrarie os cuidados objetivos e se verifica que o resultado se produziria da mesma forma, independentemente da ação descuidada do agente. Assim, se alguém se atira sob as rodas do veículo que é dirigido pelo motorista na contramão de direção, não se pode imputar a este o resultado (morte do suicida). Trata-se, no caso, de mero caso fortuito.

Evidentemente, deve haver no crime culposos, como em todo fato típico, a relação de causalidade entre a ação e o resultado, obedecendo-se ao que dispõe a lei brasileira no art. 13 do CP

PREVISIBILIDADE

O tipo culposos é diverso do doloso. Há na conduta não uma vontade dirigida à realização do tipo, mas apenas um conhecimento potencial de sua concretização, vale dizer, uma possibilidade de conhecimento de que o resultado lesivo pode ocorrer. Esse aspecto subjetivo da culpa é a possibilidade de conhecer o perigo que a conduta descuidada do sujeito cria para os bens jurídicos alheios, e a possibilidade de prever o resultado conforme o conhecimento do agente. A essa possibilidade de conhecimento e previsão dá-se o nome de previsibilidade.

A previsibilidade é a possibilidade de ser antevisto o resultado, nas condições em que o sujeito se encontrava. A condição mínima de culpa em sentido estrito é a previsibilidade; ela não existe se o resultado vai além da previsão.

Diz-se que estão fora do tipo penal dos delitos culposos os resultados que estão fora da previsibilidade objetiva de um homem razoável, não sendo culposos o ato quando o resultado só teria sido evitado por pessoa extremamente prudente

Princípio do risco tolerado - Há comportamentos perigosos imprescindíveis, que não podem ser evitados e, portanto, não podem ser tidos como ilícitos (médico que realiza uma cirurgia em circunstâncias precárias podendo causar a morte do paciente).

A previsibilidade também está sujeita ao princípio da confiança. O dever objetivo de cuidado é dirigido a todos, de comportarem-se adequadamente, não se podendo exigir que as pessoas ajam desconfiando do comportamento dos seus semelhantes.

TIPICIDADE

Nos crimes culposos a ação não está descrita como nos crimes dolosos. São normalmente tipos abertos que necessitam de complementação de uma norma de caráter geral, que se encontra fora do tipo, e mesmo de elementos do tipo doloso correspondente.

MODALIDADES DE CULPA

As modalidades de culpa, ou formas de manifestação da falta do cuidado objetivo estão discriminadas no art. 18, inc. II: imprudência, negligência ou imperícia.

A **imprudência** é uma atitude em que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores.

A **negligência** é inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental.

A **imperícia** é a incapacidade, a falta de conhecimentos técnicos no exercício de arte ou profissão, não tomando o agente em consideração o que sabe ou deve saber.

ESPÉCIES DE CULPA

Refere-se a doutrina à culpa inconsciente e à culpa consciente, também chamada culpa com previsão.

A culpa inconsciente existe quando o agente não prevê o resultado que é previsível. Não há no agente o conhecimento efetivo do perigo que sua conduta provoca para o bem jurídico alheio

A culpa consciente ocorre quando o agente prevê o resultado, mas espera, sinceramente, que não ocorrerá. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta por entender que o evitará, que sua habilidade impedirá o evento lesivo que está dentro de sua previsão.

A culpa consciente avizinha-se do dolo eventual, mas com ela não se confunde. Naquela, o agente, embora prevendo o resultado, não o aceita como possível. Neste, o agente prevê o resultado, não se importando que venha ele a ocorrer

Distingue-se ainda, a culpa própria, em que o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo, da culpa imprópria, também denominada culpa por extensão, equiparação ou assimilação.

Diz-se que a culpa é presumida quando, não se indagando se no caso concreto estão presentes os elementos da conduta culposa, o agente é punido por determinação legal, que presume a ocorrência dela.

GRAUS DE CULPA

Embora a lei nova já não se refira ao grau de culpa como uma das circunstâncias que devem ser aferidas pelo juiz para a fixação da pena, deve ser ela levada em consideração como uma das circunstâncias do fato (art. 59)

COMPENSAÇÃO E CONCORRÊNCIA DE CULPAS

As culpas não se compensam na área penal. Havendo culpa do agente e da vítima, aquele não se escusa da responsabilidade pelo resultado lesivo causado a esta.

Há concorrência de culpas quando dois ou mais agentes causam resultado lesivo por imprudência, negligência ou imperícia. Todos respondem pelos eventos lesivos.

EXCEPCIONALIDADE DO CRIME CULPOSO

Nos termos do art. 18, parágrafo único, os crimes são, regra geral, dolosos. Assim, em princípio, o agente só responde pelos fatos que praticar se quis realizar a conduta típica. Ocorrerá, entretanto, crime culposo quando o fato for expressamente previsto na lei, na forma culposa.

CRIME PRETERDOLOSO

O crime preterdoloso é um crime misto, em que há ma conduta que é dolosa, por dirigir-se a um fato típico, e que é culposa pela acusação de outro resultado que não era objeto do crime fundamental pela inobservância do cuidado objetivo.

CRIME CONSUMADO E TENTATIVA

CONSUMAÇÃO

Está consumado o crime quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato descrito na lei penal. Preenchidos todos os elementos do tipo objetivo pelo fato natural, ocorreu a consumação. Segundo o art. 14, inciso I, diz-se o crime consumado “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”.

Não se confunde a consumação com o crime exaurido, pois neste, após a consumação, outros resultados lesivos ocorrem.

Nos crimes materiais, a consumação ocorre com o evento (morte, lesão, dano, etc.), enquanto nos formais é dispensável o resultado naturalístico e, nos de mera conduta este não existe.

Nos crimes permanentes, deve-se observar que a consumação se protraí, prolonga no tempo, dependente do sujeito ativo.

A tentativa do crime complexo configura-se com o começo da execução do crime que inicia a formação do todo unitário, a consumação somente ocorre quando os crimes componentes estejam integralmente realizados.

Nos delitos habituais, a consumação somente existe quando houver a reiteração dos atos, com a habitualidade, já que cada um deles, isoladamente, é indiferente à lei penal.

Nos crimes culposos, só há consumação com o resultado; se houver inobservância do dever de cuidado, mas o evento não se realizar, não haverá crime.

Nos crimes omissivos, a consumação ocorre no local e no momento em que o sujeito ativo deveria agir, mas não o fez. Tratando-se de crime omissivo impróprio, como a omissão é formada ou meio de se alcançar um resultado, a consumação ocorre com o resultado lesivo e não com a simples inatividade do agente, como nos delitos omissivos puros.

Nos crimes qualificados pelo resultado, a consumação ocorre quando estiver concretizado o resultado acrescido do tipo fundamental. Não havendo este, responde o agente pelo tipo doloso antecedente.

INTER CRIMINIS E TENTATIVA

Na realização do crime há um caminho, um itinerário a percorrer entre o momento da idéia da sua realização até aquele em que ocorre a consumação. A esse caminho se dá o nome de *inter criminis*, que é composto de uma fase interna (cogitação) e de uma fase externa (atos preparatórios, atos de execução e consumação).

A cogitação não é punida, segundo a lei: *cogitationis poenae nemo patitur*. Nem mesmo a cogitação externada a terceiros levará a qualquer punição, a não ser que constitua, de per si, um fato típico, como ocorre no crime de ameaça (art. 147), de incitação ao crime (art. 286), de quadrilha ou bando (art. 288) etc.

Os atos preparatórios são externos ao agente, que passa da cogitação à ação objetiva, como aquisição da arma para prática de um homicídio, ou a de uma chave falsa para o delito de furto, o estudo do local onde se quer praticar um roubo, etc. Também escapam, regra geral, a aplicação da lei penal.

Atos de execução (ou atos executórios) são os dirigidos diretamente à prática do crime, “quando o autor se põe em relação imediata com a ação típica. A distinção entre atos preparatórios - usualmente impunes - e atos de tentativa é um dos problemas mais árduos da dogmática e, seguramente, o mais difícil da tentativa. Vários critérios são propostos para a diferenciação.

Os critérios mais aceitos são os de ataque ao bem jurídico, critério material, quando se verifica se houve perigo ao bem jurídico, e o do início da realização do tipo, critério formal, em que se dá pelo reconhecimento da execução quando se inicia a realização da conduta núcleo do tipo: matar, ofender, subtrair etc.

O código brasileiro adotou a teoria objetiva (formal) e exige que o autor tenha realizado de maneira efetiva uma parte da própria conduta típica, penetrando, assim, no “núcleo do tipo”.

A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei penal com o dispositivo que a define e prevê sua punição.

Sob o ângulo estritamente objetivo, o crime não pode, em hipótese alguma, , ser considerado como tentado com relação a um agente e consumado com relação à outro, nos casos em que haja concurso de pessoas.

ELEMENTOS DA TENTATIVA

A tentativa situa-se no *inter criminis* a partir da prática de uma ato de execução, desde que não haja consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente. São, pois, elementos da tentativa: a conduta (ato de execução) e a não-consumação por circunstâncias independentes da vontade do agente. Iniciada a prática dos atos executórios, a execução do fato típico pode ser interrompida:

- a) por desejo do agente;
- b) por circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo.

Na primeira hipótese não há que se falar em tentativa, havendo apenas a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz. Na segunda, por interrupção externa, haverá tentativa.

Fala-se em duas espécies de tentativa: a tentativa perfeita (ou crime falho), quando a consumação não ocorre, apesar de Ter o agente praticado os atos necessários à produção do evento, a tentativa imperfeita, quando o sujeito ativo não consegue praticar todos os atos necessários à consumação por interferência externa.

O elemento subjetivo da tentativa é o dolo do delito consumado, tanto que no artigo 14, II, é mencionada a vontade do agente. Não existe dolo especial de tentativa.

PUNIBILIDADE DA TENTATIVA

Ao punir a tentativa, segundo a tentativa da impressão, o direito está protegendo um bem jurídico, ainda que este não tenha corrido perigo de maneira efetiva, mas sob simples fato de a tentativa poder vir a proporcionar a vivência do perigo.

Dois teorias existem a respeito da punibilidade da tenta. A subjetiva prega a aplicação da mesma pena que a do delito consumado, fundamentando-se na vontade do autor contrária ao direto. A objetiva propõe para a tentativa pena menor que a do crime consumado, já que a lesão é menor ou não ocorreu qualquer resultado lesivo ou perigo de dano. Foi esta adotada pelo código ao determinar que, “salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”(art. 14, parágrafo único). A tendência moderna, porém, é a de que a diminuição deve ser atribuída ao prudente arbítrio do juiz.

A redução da pena concernente à tentativa deve resultar das circunstâncias da própria tentativa. Quanto mais o agente se aprofundou na execução, quanto mais se aproximou da consumação, menor a redução.

No caso de concurso de agentes, como a redução deve ser aferida de acordo com o *inter criminis*, o percentual de diminuição da pena é incindível, de forma a fazer com que seja ela operada de modo uniforme a todos os co-autores e partícipes.

A lei prevê exceções à regra geral no artigo 14, parágrafo único, cominado a mesma pena para a consumação e a tentativa do resultado lesivo.

INADMISSIBILIDADE DA TENTATIVA

Não admite tentativa o crime culposos, uma vez que depende sempre de um resultado lesivo diante da sua definição legal (art. 14, II). Pode-se porém falar em tentativa na culpa imprópria, uma vez que, nessa hipótese, o agente visa ao evento, que não vem a ocorrer por circunstâncias alheias à sua vontade. Ocorre na realidade um crime doloso tentado que, por Ter sido executado por erro ou excesso culposos, tem o tratamento do crime culposos por disposição legal.

Nos crimes preterdolosos não é possível a tentativa quando não se consuma o resultado agregado ao tipo fundamental, pois, nessa hipótese, o evento é que o transforma em crime preterintencional.

Não é possível a ocorrência da tentativa nos crimes unissubsistentes, de ato único, já que é impossível o fracionamento dos atos de execução

Os crimes omissivos puros também não admitem a tentativa, pois não se exige um resultado naturalístico decorrente da omissão. Nos crimes omissivos impuros, admite-se, porém, a tentativa.

No crime complexo haverá tentativa sempre que não se consumarem os crimes componentes, já que a consumação exige a realização integral do tipo, no caso um todo complexo incindível.

Entende-se que o crime habitual não admite tentativa, pois ou há reiteração de atos e consumação, ou não há essa habitualidade e os atos são penalmente indiferentes.

Embora seja possível falar, em tese, em tentativa de contravenção, a lei exclui a punibilidade nesses casos (art. 4º da LCP).

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

Prevê o artigo 15 as hipóteses de desistência voluntária e arrependimento eficaz: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

A desistência voluntária e o arrependimento eficaz traduzem a exclusão da tipicidade; no fato não há tentativa típica. Interrompida a execução “por vontade do agente” ou se por vontade deste não há consumação, é evidente que a falta de adequação típica pelo não preenchimento do segundo elemento da tentativa que é a “não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

Na desistência voluntária, o agente, embora tenha iniciado a execução, não a leva adiante, desistindo da realização típica. Para que ocorra a hipótese prevista no dispositivo, a desistência deve ser voluntárias, ou seja, que o agente não tenha sido coagido, moral ou materialmente, à interrupção do inter criminis. Não há desistência voluntária e sim tentativa punível se, por exemplo, o agente desiste pelo risco de ser surpreendido em flagrante diante do funcionamento do sistema de alarma.

Embora alei exija que a desistência seja voluntária, pode não ser ela espontânea. Voluntária é a desistência em que não há coação física ou moral, e não espontânea é apenas aquela desistência em que a idéia inicial não partiu do agente e sim de outrem. De outro lado, a desistência voluntária prescinde dos motivos do desistente: medo ou piedade, receio de ser descoberto ou repugnância pela própria conduta, etc.

Existirá a desistência voluntária sempre que o agente pode prosseguir, mas não quer; se ele quer, mas não pode, há tentativa.

Responde o agente, conforme o dispositivo determina, pelos atos já praticados que, de per si, constituem tipos penais.

Não há desistência voluntária quando o agente suspende a execução e continua a praticá-la posteriormente, aproveitando-se dos atos já executados.

ARREPENDIMENTO EFICAZ

No arrependimento eficaz, também hipótese de inadequação típica de tentativa, após Ter esgotado os meios de que dispunha para a prática do crime, o agente arrepende-se e evita que o resultado ocorra (ministra antídoto à pessoa envenenada, retira da água a vítima que pretendia afogar, leva para o hospital o ofendido moralmente ferido, entrega a coisa que está subtraindo à vítima antes de estar fora da esfera de vigilância desta, etc.). Como na desistência, o arrependimento também deve ser voluntário (sem coação), embora não necessariamente espontâneo. O agente pratica nova atividade para evitar o resultado.

É imprescindível, para a caracterização do arrependimento eficaz, que a ação do agente seja coroada de êxito; que efetivamente impeça ele a consumação.

Como na desistência voluntária, o agente responderá pelos atos já praticados, ou seja, pelos resultados já ocorridos (lesões corporais, violação de domicílio, etc.).

ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Prevê o artigo 16 que, “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 pelo ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

CRIME IMPOSSÍVEL

Trata o artigo 17 do crime impossível (tentativa impossível, tentativa inidônea, tentativa inadequada ou quase crime), ao prever: “Não de pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”.

Há, portanto, duas espécies diferentes de crime impossível, em que de forma alguma o agente conseguiria chegar à consumação, motivo pelo qual a lei deixa de responsabilizá-lo pelos atos praticados.

Na primeira parte, o dispositivo refere-se à ineficácia absoluta do meio empregado pelo agente para conseguir o resultado. O meio é inadequado, inidôneo, ineficaz para que o sujeito possa obter o resultado pretendido. Exemplos clássicos são os da tentativa de homicídio por envenenamento com substâncias inócua ou com a utilização de revólver desmuniado.

Para o reconhecimento do crime impossível é necessário que o meio seja inteiramente ineficaz para a obvenção do resultado.

Na Segunda parte, o artigo 17 refere-se à absoluta impropriedade do objeto material do crime, que não existe ou, nas circunstâncias em que se encontra, torna impossível a consumação. Há crime impossível nas manobras abortivas praticadas em mulher que não está grávida, no disparo de revólver contra um cadáver, etc.

Também é indispensável para a caracterização do crime impossível que haja inidoneidade absoluta do objeto.

Resumindo distinções entre crime impossível e tentativa punível: no crime impossível, enquanto se desenrola a ação do agente ela não sofre interferência alheia, ao passo que na tentativa quase sempre a ação é interrompida por injunção externa.

Ainda que o artigo 17 aparentemente indique um caso de isenção de pena, no crime impossível há exclusão da própria tipicidade.

Quanto à punibilidade ou não do crime impossível, existem duas teorias. Para a teoria subjetiva o agente deve ser punido com a pena da tentativa porque se tem em conta a intenção do delinqüente; para a teoria sintomática, a medida penal deve ser aplicada se há indício de periculosidade do agente; para a teoria objetiva, como não há no crime impossível os elementos objetivos da tentativa e o bem jurídico não corre risco, não há tentativa e o agente não pode ser punido. A nova lei adotou a teoria objetiva pura, tal como os códigos penais da Alemanha e Iugoslávia.

CRIME PUTATIVO

Crime putativo ou imaginário é aquele em que o agente supõe, por erro, que está praticando uma conduta típica quando o fato não constitui crime. Só existe, portanto, na imaginação do agente.

CRIME PROVOCADO

Fala-se em crime provocado quando o agente é induzido à prática de um crime por terceiro, muitas vezes policial, para que se efetue a prisão em flagrante.

ERRO DE TIPO

CONCEITO

O dolo, como foi visto, deve abranger a consciência e a vontade a respeito dos elementos objetivos do tipo. Assim, estará ele excluído se o autor desconhece ou se engana a respeito de um dos componentes da descrição legal do crime (conduta, pessoa, coisa, etc.), seja ele descritivo ou normativo. Exemplificando: um caçador, no meio da mata, dispara sua arma sobre um objeto escuro, supondo-se tratar de um animal, e atinge um fazendeiro. Nesse exemplo o erro incide sobre o elemento do tipo, ou seja, sobre um fato que compõe um dos elementos do tipo: o caçador não sabe que mata “alguém”.

Um erro que recai sobre elemento normativo do tipo também é erro de tipo excludente do dolo. Não age com dolo, por exemplo, o agente que, ao se retirar de um restaurante, leva consigo o guarda-chuva de outrem, supondo ser o seu, pois não se sabe que se trata de “coisa alheia móvel”.

O erro é uma falsa representação da realidade e a ele se equipara a ignorância, que é o total desconhecimento a respeito dessa realidade. No caso de erro de tipo, desaparece a finalidade típica, ou seja, não há no agente a vontade de realizar o tipo objetivo. Como o dolo é querer a realização do tipo objetivo, quando o agente não sabe que está realizando um tipo objetivo, porque se enganou a respeito de um dos seus elementos, não age dolosamente: há erro de tipo. São casos em que há tipicidade objetiva (nos exemplos, os tipos de homicídio, lesão corporal, aborto, furto, corrupção ativa), mas não há tipicidade subjetiva por estar ausente o dolo.

ERRO SOBRE ELEMENTOS DO TIPO

A lei anterior, em vez de referir-se ao erro de tipo, dispunha a respeito do erro de fato, como excludente da culpabilidade. A lei vigente dispõe a respeito do erro de tipo, no art. 20, com a rubrica “erro sobre elementos do tipo”: “o erro sobre elemento constitutivo do tipo penal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se prevista em lei”.

Nos expressos termos do artigo em estudo, o erro de tipo inevitável exclui o dolo e, portanto, desnaturaliza o fato típico doloso. Nos exemplos citados não haverá crime doloso. Na apuração do crime, o dolo é presumido, cabendo ao acusado comprovar ter agido com erro sobre elemento do tipo.

O erro relativo a qualquer aspecto da norma complementar da lei penal em branco, considerada esta como integrante do tipo, é erro de tipo. Entretanto, quando o erro incide sobre a existência da norma complementar, ocorre erro de proibição.

Eventualmente, o erro de tipo leva a uma desclassificação do crime. Exemplo: o sujeito injuria um funcionário público no exercício da função, desconhecendo a qualidade pessoal da vítima (não se sabe que se trata de um funcionário público). Não responde por desacato (art. 321), subsistindo a punição por injúria (art. 140).

Distingue-se o erro essencial do erro accidental. O erro essencial é o que recai sobre um elemento do tipo, ou seja, sobre fato constitutivo do crime, e sem o qual o crime não existiria. Assim, o agente não atiraria, no exemplo do caçador, se soubesse que se tratava de um fazendeiro e não do animal que pretendia abater. O erro accidental recai sobre circunstâncias acessórias da pessoa ou da coisa estranhas ao tipo, que não constituem elementos do tipo. Sem ele, o crime não deixa de existir. Suponha-se que o agente pretenda subtrair farinha de uma armazém e, por engano, acaba levando sacos de farelo. O crime existe, já que o erro não se referiu à coisa alheia móvel e sim a uma circunstância dela (farelo e não farinha). O erro accidental pode versar sobre o objeto, como no exemplo supra, ou sobre a pessoa da vítima.

O erro de tipo distingue-se do erro da proibição. Enquanto o primeiro exclui o dolo, o segundo afasta a compreensão da antijuridicidade. O erro de tipo dá-se quando “o homem não sabe o que faz”; o erro de proibição quando “sabe o que faz”, mas acredita que não é contrário à ordem jurídica: o erro de tipo elimina a tipicidade dolosa; o erro de proibição pode eliminar a culpabilidade.

ERRO CULPOSO

O erro em que incorre o agente pode ser inevitável (invencível) ou evitável (vencível). Se o agente atuou com erro apesar dos cuidados objetivos, o erro é invencível e exclui o dolo e a culpa. Entretanto, se poderia tê-lo evitado com as cautelas exigíveis nas condições em que se encontrava, ocorrerá o erro culposo. Neste caso, o erro elimina a tipicidade dolosa (não queria a realização do tipo), mas, havendo culpa, responderá por crime culposos se a lei prevê este.

Dispõe o art. 20, *caput*, que o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime “permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. Assim, por exemplo, se o caçador poderia ter evitado de atirar, por saber que outras pessoas estavam na área - o que o obrigava a maiores cautelas - responderá por homicídio culposos. Não responderá a gestante por crime de aborto mesmo que tenha sido descuidada ao ingerir a substância que acreditava ser um calmante.

ERRO PROVOCADO POR TERCEIRO

Prevê o art. 20, § 2º. “Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.” Regula a lei a hipótese de o agente ter atuado por erro em virtude de provocação (ou determinação) de terceiro. Suponha-se que o médico, desejando matar o paciente, entrega à enfermeira uma injeção que contém veneno, afirma que se trata de um anestésico e faz com que ela a aplique. A enfermeira agiu por erro determinado por terceiro, e não dolosamente, respondendo apenas o médico.

É possível, porém, que o provocador do erro tenha agido por erro culposos, o mesmo ocorrendo com o executor do fato. O médico receita 10 ml de uma substância, quando deveria receitar 1 ml e a enfermeira, por falta de cuidado, não observa o engano, injetando a substância a causando a morte do paciente. Ambos responderão por homicídio culposos. Se o autor do fato, aproveitando-se do erro culposos do provocador, causa o resultado, responde por crime doloso por não ter agido com erro.

ERRO SOBRE A PESSOA

O art. 20, § 3º, prevê o erro sobre a pessoa da vítima:

“O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram nesse caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”.

Suponha-se que A queira matar B, confundindo este na escuridão com C, que tem o mesmo porte físico, e alveja este. Trata-se mero erro accidental e o agente responde pelo homicídio, porque pretendia praticar a conduta típica de matar alguém.

Se A queria matar B porque este estuprara sua filha momentos antes, responderá por homicídio privilegiado (violenta emoção logo após uma injusta provocação da vítima).

ANTI JURIDICIDADE

CONCEITO

Foi visto que o crime é fato típico é antijurídico. Assim, para a existência do ilícito penal é necessário que a conduta típica seja, também, antijurídica.

A antijuridicidade é a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico. O fato típico, até prova em contrário, é um fato que, ajustando-se a um tipo penal, é antijurídico. Existem, entretanto, na lei penal ou no ordenamento jurídico em geral, causas que excluem a antijuridicidade do fato típico. Por essa razão, diz-se que a tipicidade é o indício da antijuridicidade, que será excluída se houver uma causa que elimine a sua ilicitude. “Matar alguém” voluntariamente é fato típico, mas não será antijurídico, por exemplo, se o autor do fato agiu em legítima defesa. Nessa hipótese não haverá crime. A antijuridicidade, como elemento da análise conceitual do crime, assume, portanto, o significado de “ausência de causas excludentes de ilicitude”. A antijuridicidade é um juízo de desvalor que recai sobre a conduta típica, no sentido de que assim o considera o ordenamento jurídico.

Há uma distinção doutrinária entre antijuridicidade e injusto. Neste sentido, a antijuridicidade é a contradição que se estabelece entre a conduta e uma norma jurídica, enquanto o injusto é a conduta ilícita em si mesma, é a ação valorada como antijurídica.

EXCLUSÃO DA ANTI JURIDICIDADE

O direito prevê causas que excluem a antijuridicidade do fato típico (causas excludentes da criminalidade, causas excludentes da antijuridicidade, causas justificativas, causas excludentes da ilicitude, eximentes ou discriminantes). São normas permissivas, também chamadas tipos permissivos, que excluem a antijuridicidade por permitirem a prática de um fato típico.

Segundo o entendimento adotado, a exclusão da antijuridicidade não implica o desaparecimento da tipicidade e, por conseguinte, deve-se falar em “conduta típica justificada”. De acordo, porém, com a teoria dos elementos negativos do tipo, as causas de justificação eliminam a tipicidade.

A lei penal brasileira dispõe que “não há crime” quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito (art. 23). Além das normas permissivas da parte geral, todavia, existem algumas na parte especial, como por exemplo, a possibilidade de o médico praticar aborto se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez resulta de estupro (art. 128).

O autor, para praticar fato típico que não seja antijurídico, deve agir no conhecimento da situação de fato justificante e com fundamento em uma autorização que lhe é conferida através disso, ou seja, querer atuar juridicamente.

CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE

Tem-se sustentado que, além das causas justificativas expressamente consignadas na lei, existem outras, supralegais, não explícitas. Ex.: o tratamento médico (que seria exercício ilegal da medicina) dos pais aos filhos.

ESTADO DE NECESSIDADE

CONCEITO

Prevê o art. 24: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.” Segundo o art. 23, I, não há, nessa hipótese, crime; há um excludente da antijuridicidade.

Para alguns doutrinadores o estado de necessidade configura uma faculdade e não um direito, pois o todo direito corresponde uma obrigação, o que não corre com relação àquele que tem lesado o seu bem jurídico por um caso fortuito. Para outros, com os quais concordamos, trata-se de um direito, não contra o interesse do lesado, mas em relação ao estado, que concerne ao sujeito esse direito subjetivo da norma penal.

O estado de necessidade pressupõe um conflito entre titulares de interesses lícitos, legítimos, em que um pode parecer lícitamente para que outro sobreviva. Não podendo o estado acudir aquele que está em perigo, nem devendo tomar partido a priori de qualquer dos titulares dos bens em conflito, concede o direito de que se ofenda bem alheio para salvar direito próprio ou de terceiro ante um fato irremediável.

REQUISITOS

São requisitos do estado de necessidade perante a lei penal brasileira:

- a) a ameaça a direito próprio ou alheio;
- b) a existência de um perigo atual e inevitável;
- c) a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado;
- d) uma situação não provocada voluntariamente pelo agente; e
- e) o conhecimento da situação de fato justificante.

Para haver estado de necessidade é indispensável que o bem jurídico do sujeito esteja em perigo; ele pratique o fato típico para evitar um mal que pode ocorrer se não o fizer. Esse mal pode ter sido provocado por força da natureza.

É necessário que o sujeito atue para evitar um perigo atual, ou seja, que exista a probabilidade de dano, presente e imediata, ao bem jurídico. A lei inclui a lei o perigo iminente, como faz a legítima defesa.

É requisito também que o perigo seja inevitável, numa situação em que o agente não podia, de outro modo, evitá-lo. Isso significa que a ação lesiva deva ser imprescindível, como único meio para

afastar o perigo. Caso, nas circunstâncias do perigo, possa o agente utilizar-se de outro modo para evitá-lo (fuga, recurso à autoridades públicas, etc.), não haverá estado de necessidade na conduta típica adotada pelo sujeito ativo que lesou o bem jurídico desnecessariamente.

Também é indispensável para a configuração do estado de necessidade que o agente não tenha provocado o perigo por sua vontade. Inexistirá a excludente, por exemplo, quando aquele que incendiou o imóvel para receber o seguro, mata alguém para escapar do fogo.

Não está excluída a justificativa quando o agente causou culposamente o perigo. Entretanto, diante da norma do art. 13, § 2º, “c”, do CP, que obriga a agir para evitar o resultado aquele que, com seu comportamento anterior (ainda que culposos), criou o risco da ocorrência do resultado, forçoso concluir que se deve excluir o estado de necessidade também nos crimes comissivos quando o agente provocou culposamente o perigo.

Determina a lei que se deve verificar também se era ou não razoável exigir-se o sacrifício do bem ameaçado e que foi preservado pela conduta típica. O código brasileiro adotou a teoria unitária e não a teoria diferenciadora. Assim, há estado de necessidade não só no sacrifício de um bem menor para salvar um de maior valor, mas também no sacrifício de um bem de valor idêntico ao preservado, como no caso físico do homicídio praticado pelo naufrágio para se apoderar da tábua da salvação. Não ocorrerá a justificativa se for de maior importância o bem lesado pelo agente. Pode-se destruir o patrimônio para preservar a vida; não se pode matar para garantir um bem patrimonial.

O estado de necessidade pode ser teoricamente invocado quando da prática de qualquer crime, inclusive nos delitos culposos. Entretanto, exigindo a lei como requisito a inevitabilidade do perigo e referindo-se às “circunstâncias” do fato, não se tem admitido a existência de estado de necessidade nos crimes permanentes e habituais.

Sendo o estado de necessidade fato excludente da ilicitude, tem que ser provado para que possa ser acolhido e o ônus da prova, no transcorrer da ação penal, pertence ao réu que o alega.

Prevê o art. 24, § 2º: “Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.” Presentes os demais requisitos legais, é facultado ao juiz a redução da pena em casos de sacrifício de bem de maior valor do que o protegido. Não está excluída a antijuridicidade do fato e o agente responderá pelo ilícito praticado, podendo o aplicador da lei, diante das circunstâncias do fato, reduzir a sanção imposta ao sujeito passivo.

Permite a lei o estado de necessidade em benefício próprio ou em favor de terceiros. Tratando-se do estado de necessidade em favor de terceiro é de se entender que é possível que a excludente abrigue inclusive o agente que atua em benefício de pessoa jurídica, que possui bens e interesses que podem ser colocados em risco. Fala-se também em estado de necessidade defensivo quando o agente atua contra o causador do perigo, e em estado de necessidade agressivo quando lesa bem jurídico de alguém que não provocou a situação de risco.

Pressupondo o estado de necessidade um conflito entre titulares de interesses legítimos, é possível, evidentemente, o estado de necessidade recíproco (pessoas que se agredem para sair de uma sala de espetáculos em caso de incêndio ou para se apoderar de uma bóia na ocasião de um naufrágio, etc.).

EXCLUSÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE

Certas pessoas, por estarem encarregadas de funções que, normalmente, as colocam em perigo, não podem eximir-se da responsabilidade pela conduta típica que praticarem numa dessas situações. Prevê o § 1º do art. 24: “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”. Dever legal é aquele previsto em uma norma jurídica (lei, decreto, regulamento, etc.), o que inclui a obrigação funcional do policial, do soldado, do bombeiro, do médico sanitário, do capitão de

navio ou aeronave etc. responderão eles pelo crime praticado para salvar direito próprio, embora presentes os requisitos do estado de necessidade já assinalados, se estiverem enfrentando o perigo em decorrência de disposição legal.

CASOS ESPECÍFICOS

A fim de qualquer dúvida na aplicação da lei aos fatos que poderiam gerar divergências, prevê o código, na parte especial, alguns casos de estado de necessidade específicos a determinados crimes, roa excluindo a antijuridicidade, ora excluindo a tipicidade.

EXCESSO

Excedendo-se o agente na conduta de preservar o bem jurídico, responderá por ilícito penal se atuou dolosa ou culposamente. Cita-se por exemplo, o agente que podendo apenas ferir a vítima, acaba por causar-lhe a morte.

ESTADO DE NECESSIDADE PUTATIVO

Haverá estado de necessidade putativo se o agente supõe, por erro, que se encontra em situação de perigo. Supondo o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, estar no meio de um incêndio, não responderá pelas lesões corporais ou morte que vier a causar para salvar-se. Inexiste a justificativa, mas o agente não responde pelo fato por ausência de culpa em decorrência de erro de proibição.

LEGÍTIMA DEFESA

CONCEITO E FUNDAMENTO

A segunda causa de exclusão da antijuridicidade é a legítima defesa, prevista no art. 23, inciso II, e regulada pelo art. 25: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Várias teorias foram expostas para explicar os fundamentos da legítima defesa. As teoria subjetivas, que a consideram como causa excludente da culpabilidade, fundam-se na perturbação de ânimo da pessoa agredida ou nos motivos determinantes do agente, que conferem licitude ao ato de quem se defende, etc. as teoria objetivas, que consideram a legítima defesa como causa excludente da antijuridicidade, fundamentam-se na existência de um direito primário do homem de defender-se, na retomada pelo homem da faculdade de defesa que cedeu ao estado, na delegação de defesa pelo estado, na colisão de bens em que o mais valioso deve sobreviver, na autorização para ressaltar o interesse do agredido, no respeito à ordem jurídica, indispensável à convivência ou na ausência de injuridicidade da ação agressiva. É indiscutível que mais acertadas são as teorias objetivas, cada uma delas ressaltando uma das características do fenômeno jurídico em estudo.

São requisitos para a existência da legítima defesa:

- a) a reação a uma agressão atual ou iminente e injusta;
- b) a defesa de um direito próprio ou alheio;
- c) a moderação no emprego dos meios necessários à repulsa; e
- d) o elemento subjetivo.

AGRESSÃO ATUAL OU IMINENTE DE INJUSTA

É indispensável que haja, inicialmente, por parte da gente, reação contra aquele que está praticando uma agressão. Agressão é um ato humano que lesa ou põe em perigo um direito. Embora, em geral, implique violência, nem sempre esta estará presente na agressão, pois poderá consistir em um ataque sub-reptício, e até em uma omissão ilícita.

Somente se pode falar em agressão quando parte dela é de uma ação humana. Não há legítima defesa e sim estado de necessidade quando alguém atua para afastar um perigo criado pela força da natureza ou por um animal, salvo se este estiver sendo utilizado por outrem para uma agressão. A agressão pode partir da multidão em tumulto e contra esta cabe legítima defesa, ainda que, individualmente, nem todos os componentes desejam a agressão.

A agressão deve ser atual ou iminente. Atual é a agressão que está desencadeando-se, iniciando-se o que ainda está desenrolando-se porque não se concluiu. Pode tratar-se também de uma agressão iminente, que está prestes a ocorrer, a que existe quando se apresenta um perigo concreto, que não permita demora à repulsa. Não há legítima defesa, porém, contra uma agressão futura, remota, que pode ser evitada por outro meio.

Já se tem defendido a tese, entretanto, da legítima defesa antecipada (ou prévia, ou preventiva, ou preordenada) na hipótese em que o agente atua em razão de uma agressão futura, mas certa, situação que caberia na expressão agressão iminente.

Não atua porém em legítima defesa aquele que pratica o fato típico após uma agressão finda, que já cessou.

A reação deve ser imediata à agressão ou tentativa dela; a demora na reação desfigura a discriminante. Quem, provocado pela vítima, se dirige à sua residência, apanha uma arma e volta para o acerto de contas não age licitamente.

Só estará protegido pela lei, aquele que reagir a uma agressão injusta. Injusta é a agressão não autorizada pelo direito.

DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO

A defesa deve amparar um direito próprio ou alheio. Embora, em sua origem, somente se pudesse falar em legítima defesa quando em jogo a vida humana, modernamente se tem disposto que qualquer direito pode ser preservado pela discriminante em apreço. Protegem-se a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, ou seja, os bens materiais ou morais.

Controvertida é a possibilidade da legítima defesa da honra.

O sujeito pode defender seu bem jurídico (legítima defesa própria) ou defender direito alheio (legítima defesa de terceiro), pois a lei consagra o elevado sentimento da solidariedade humana. Admite-se no segundo caso, apenas a defesa de bens indisponíveis quando o titular consente na agressão, mas só quando há agressão consentida e a bens disponíveis.

A legítima defesa de terceiro inclui a dos bens particulares e também o interesse da coletividade.

USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS

Na reação, deve o agente utilizar moderadamente os meios necessários para repelir a agressão atual ou iminente e injusta. Tem-se entendido que meios necessários são os que causam o menor dano indispensável à defesa do direito, já que, em princípio, a necessidade se determina de acordo com a força real da agressão. É evidente, porém, que meio necessário é aquele de que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser até mesmo desproporcional com o utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição no momento.

Deve o sujeito ser moderado na reação, ou seja, não ultrapassar o necessário para repeli-la. A legítima defesa, porém, é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade, pois no estado emocional em que se encontra não pode dispor de reflexão precisa para exercer sua defesa em equidade completa com a agressão.

Havendo flagrante desproporção entre a ofensa e a reação, desnatura-se a legítima defesa. Haverá excesso na hipótese de responder-se a um tapa com um golpe mortal, ou no matar-se uma criança porque penetrou no pomar e apanhou algumas frutas.

INEVITABILIDADE DA AGRESSÃO

Tem-se sustentado que também é requisito da legítima defesa a inevitabilidade da agressão, afirma-se, por isso, que, embora não se obrigue o homem a ser covarde, deverá evitar o confronto se, sem desonra, puder evitar a agressão a ele dirigida.

ELEMENTO SUBJETIVO

Como em todas as justificativas, o elemento subjetivo, ou seja, o conhecimento de que está sendo agredido, é indispensável. Como já se observou, não se tem em vista apenas o fato objetivo nas justificativas, não ocorrendo a excludente quando o agente supõe estar praticando ato ilícito. Inexistirá a legítima defesa quando por exemplo, o sujeito atirar em um ladrão que está à porta de sua casa, supondo tratar-se do agente policial que vai cumprir o mandato de prisão expedido contra o autor do disparo.

EXCESSO

Exigindo a moderação no uso dos meios necessários para repelir a agressão, é possível que o agente se exceda da reação, esse excesso pode decorrer do uso inadequado do meio, quando o sujeito podia utilizar meio menos vulnerante, ou da falta de moderação na repulsa. Haverá então o excesso doloso ou culposos. O agressor, ao defender-se do excesso do agredido, atua legitimamente, ocorrendo o que se denomina legítima defesa sucessiva.

LEGÍTIMA DEFESA RECÍPROCA

Pressupondo a justificativa uma agressão injusta, não é possível falar-se em legítima defesa recíproca. Um dos contendores (ou ambos, no caso de duelo) estará agindo ilicitamente quando tomar a iniciativa da agressão. Poderá ocorrer a absolvição de ambos os contendores se, por falta de provas, não se apurar qual deles tomou a iniciativa, mas não se poderá falar em legítima defesa.

Poderá, porém, alguém se defender licitamente quando for atacado por terceiro que supõe ser vítima de agressão, por erro. O primeiro age em legítima defesa real e o segundo em legítima defesa putativa.

PROVOCAÇÃO E DESAFIO

Questão suscitada na doutrina e na jurisprudência é a de se saber se afasta a legítima defesa a provocação do sujeito que alega legítima defesa. Parte da doutrina entende que é necessário, para a existência da descriminante, não ter o agente provocado o agressor, e assim tem-se decidido muitas vezes. Há ponderável corrente doutrinária e jurisprudencial em sentido contrário, que afirma que a provocação, por si, não afasta a possibilidade da legitimidade da defesa, desde que não constitua uma

agressão. A lei brasileira não exclui essa possibilidade. O provocados não pode ficar à mercê da vítima apenas pela provocação.

Não age em legítima defesa aquele que aceita o desafio para a luta.

LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

Legítima defesa putativa existe quando o agente, supondo por erro que está sendo agredido, repele a suposta agressão. Não está excluída a antijuridicidade do fato porque inexiste um dos seus requisitos (agressão real, atual ou iminente), ocorrendo na hipótese uma excludente da culpabilidade nos termos do art. 20, § 1º.

LEGÍTIMA DEFESA E ESTADO DE NECESSIDADE

Apontam-se várias diferenças entre o estado de necessidade e a legítima defesa. No estado de necessidade há conflito entre titulares de interesses jurídicos lícitos e nesta uma agressão a um bem tutelado. Aquele se exerce contra qualquer causa (de terceiros, caso fortuito, etc.), mas só há legítima defesa contra a conduta do homem. No estado de necessidade há ação e na legítima defesa, reação. Naquele o bem jurídico é exposto a perigo, nesta é exposto a uma agressão. Só há legítima defesa quando se atua contra o agressor; há estado de necessidade na ação contra terceiro inocente. No estado de necessidade a ação é praticada ainda contra agressão justa, como no estado de necessidade recíproco; na legítima defesa a agressão deve ser injusta.

ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

Não há crime quando o agente pratica o fato no “estrito cumprimento do dever legal”(art. 23, inc. III, primeira parte). Quem cumpre regularmente um dever não pode, ao mesmo tempo, praticar ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições. Falta no caso a antijuridicidade da conduta e, segundo os doutrinadores, o dispositivo seria até dispensável. A excludente, todavia, é prevista expressamente para que se evite qualquer dúvida quanto à sua aplicação, definindo-se na lei os termos exatos de sua caracterização.

A excludente pressupõe no executor um funcionário ou agente público que age por ordem da lei, não se excluindo o particular que exerça função pública (jurado, perito, mesário da justiça eleitoral, etc.).

Tratando-se do dever legal, estão excluídas da proteção as obrigações meramente morais, sociais ou religiosas. Haverá violação de domicílio, por ex., se um sacerdote forçar a entrada em domicílio para ministrar a extrema-unção.

Não se admite estrito cumprimento do dever legal nos crimes culposos. A lei não obriga a imprudência, negligência ou imperícia. Entretanto poder-se-á falar em estado de necessidade na hipótese de motorista de uma ambulância que dirige velozmente e causa lesão a bem jurídico alheio.

Não há crime na injúria ou difamação proferida por testemunha em resposta a perguntas, já que a lei obriga a dizer a verdade.

Reconhecendo-se o estrito cumprimento do dever legal em relação a um autor, o co-autor ou partícipe do fato também não pode ser responsabilizado.

EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Não há crime também quando ocorre o fato no “exercício regular de direito”(art. 23, inc. III, segunda parte). Qualquer pessoa pode exercitar um direito subjetivo ou faculdade previsto na lei (penal

ou extrapenal). É disposição constitucional que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inc. I, da CF), excluindo-se a antijuridicidade nas hipóteses em que o sujeito está autorizado a esse comportamento. Há exercício regular do direito na correção dos filhos pelos pais, por ex.

Não há exercício regular de direito no constrangimento ilegal ou lesões provocadas pelo cônjuge quando o outro se recusa à prestação do débito conjugal. Nesses casos viola-se a liberdade individual amparada constitucionalmente.

Também é necessário que se obedeça às condições objetivas do direito, que é limitado e, fora dos limites traçados na lei, haverá abuso de direito, excesso.

OFENDÍCULOS

Os ofendículos (ofendícula, ofensácula) são aparelhos predispostos para a defesa da propriedade (arame farpado, cacos de vidro em muros, etc.) visíveis e a que estão equiparados os “meios mecânicos” ocultos (eletrificação de fios, de maçanetas de portas, a instalação de armas prontas para disparar à entrada de intrusos, etc.). trata-se para nós de exercício regular de direito.

VIOLÊNCIA ESPORTIVA

Há esportes que podem provocar danos à integridade corporal ou à vida (boxe, luta livre, futebol, etc.) havendo lesões ou mortes, não ocorrerá crime por ter o agente atuado em exercício regular de direito. Haverá crime apenas quando ocorrer excesso do agente, ou seja, quando a pessoa intencionalmente desobedecer às regras esportivas, causando resultados lesivos.

INTERVENÇÕES MÉDICAS E CIRÚRGICAS

Apontam-se como exercício regular de direito as intervenções médicas e cirúrgicas, por se tratar de atividades autorizadas pelo Estado, que reconhece, estimula, organiza e fiscaliza a profissão médica. Segundo a teoria social da ação, a intervenção médica ou cirúrgica constitui fato atípico, uma vez que só impropriamente se poderá dizer que há ofensa à integridade física da pessoa quando se amputa, por exemplo, a perna do paciente atacado de gangrena, quando se faz um transplante de órgão etc.

Para que exista o exercício regular de direito é indispensável o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Inexistente este, poderá haver o estado de necessidade em favor de terceiro (o próprio paciente), como dispõe o art. 146, § 3º, I.

CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Reconhece-se a existência de bens indisponíveis, aqueles em cuja conservação há interesse coletivo, do Estado (vida, integridade corporal, família, regularidade da administração pública, etc.), e disponíveis, exclusivamente de interesse privado (patrimônio, honra etc.). Atingidos esse últimos, pode não haver crime, por exclusão do tipo (inexiste violação de domicílio quando o morador acaba consentindo na entrada ou permanência do sujeito, não há estelionato quando o agente, ciente da fraude, entrega seu bem jurídico ao que o tenta ludibriar etc.), ou por exclusão da antijuridicidade (a injúria e a difamação aceitas pela vítima, embora figuras típicas, não são antijurídicas).

Há crime se o sujeito passivo se deixar matar (duelo, eutanásia, etc.), posto que a vida é um bem indisponível.

O consentimento após a prática do ilícito penal não o desnatura, mas pode impedir a ação penal quando esta dependa de iniciativa da vítima.

EXCESSO NAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS

EXCESSO DOLOSO E CULPOSO

Dispõe o art. 23, parágrafo único, que o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo nas discriminantes (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito).

Em todas as justificativas é necessário que o agente não exceda os limites traçados pela lei. Na legítima defesa e no estado de necessidade, não deve o agente ir além da utilização do meio necessário e da necessidade da reação para rechaçar a agressão e na ação para afastar o perigo. No cumprimento do dever legal e no exercício de direito, é indispensável que o agente atue de acordo com o ordenamento jurídico. se, desnecessariamente, causa dano maior do que o permitido, não ficam preenchidos os requisitos das citadas discriminantes devendo responder pelas lesões desnecessárias causadas ao bem jurídico ofendido.

No excesso involuntário (evitável ou inevitável), por erro de tipo aplica-se o artigo 20 e, se ocorrer por erro sobre a ilicitude do fato (sobre a injustiça da agressão, por exemplo), o art. 21.

CULPABILIDADE

CULPABILIDADE

TEORIA E CONCEITO

As palavras culpa e culpado têm sentido léxico e comum de indicar que uma pessoa é responsável por uma falha, uma transgressão, ou seja, por ter praticado um ato condenável.

No Direito Penal da antigüidade, a responsabilidade penal decorria, contudo, do simples fato lesivo, sem que se indagasse da "culpa" do autor da conduta. percebeu-se, porém no decorrer da evolução cultural, que somente podem ser aplicadas sanções ao homem causador do resultado lesivo se, com o seu comportamento poderia tê-lo evitado.

Torna-se indispensável para se falar em culpa, verificar se no fato estavam presentes a vontade ou a previsibilidade. Desses elementos (vontade e previsibilidade) construíram dois conceitos jurídico-penais importantes: o dolo (vontade) e a culpa em sentido estrito (previsibilidade). O crime pode, pois, ser doloso (quando o agente quer o fato) ou culposos (quando o sujeito não quer, mas dá causa ao resultado previsível). Com isso chegou-se à teoria psicológica da culpabilidade: a culpabilidade reside numa ligação de natureza psíquica (psicológica, anímica) entre o sujeito e o fato criminoso. Dolo e culpa, assim, seriam as formas da culpabilidade.

Chegou-se à teoria da culpabilidade, ou teoria normativa pura: o dolo e a culpa pertencem à conduta; os elementos normativos formam todos a culpabilidade, ou seja, a reprovabilidade da conduta.

A culpabilidade é, assim, a reprovabilidade da conduta típica e antijurídica.

Mas, do princípio da culpabilidade se depreende que, em primeiro lugar, toda pena supõe culpabilidade, de modo que não pode ser castigado aquele que atua com culpabilidade (exclusão da responsabilidade pelo resultado) e, em segundo lugar, que a pena não pode superar a medida da culpabilidade (dosagem da pena no limite da culpabilidade).

ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Para que se possa dizer que uma conduta é reprovável, ou seja, que há culpabilidade, é necessário que o autor da ação tivesse podido agir de acordo com a norma, de acordo com o direito.

1. Em primeiro lugar, é preciso estabelecer se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permitia ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, se tem ele a capacidade de entender, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta e de adequar essa conduta à sua compreensão. A essa capacidade psíquica denomina-se imputabilidade. Esta é, portanto, a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter lícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento.

2. Não basta, porém, a imputabilidade. É indispensável, para o juízo de reprovação, que o sujeito possa conhecer, mediante algum esforço de consciência, a antijuridicidade de sua conduta. É imprescindível apurar se o sujeito poderia estruturar, em lugar da vontade antijurídica da ação praticada, outra conforme o direito, ou seja, se conhecia a ilicitude do fato ou se podia reconhecê-la. Só assim há falta ao dever imposto pelo ordenamento jurídico. Essa condição intelectual é chamada impossibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato (ou da ilicitude do fato).

3. É também necessário que, nas circunstâncias do fato, fosse possível exigir-se do sujeito um comportamento diverso daquele que tomou ao praticar o fato típico e antijurídico, pois há circunstâncias ou motivos pessoais que tornam inexigível conduta diversa do agente. É o que se denomina exigibilidade da conduta diversa.

Assim, só há culpabilidade se o sujeito, de acordo com as suas condições psíquicas, podia estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito (**imputabilidade**); se estava em condições de poder compreender a ilicitude da sua conduta (**possibilidade de conhecimento da ilicitude**); se era possível exigir-se, nas circunstâncias, conduta diferente daquela do agente (**exigibilidade da conduta diversa**). São esse, portanto, os elementos da culpabilidade.

EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Foi visto que a lei prevê a existência de crime quando ocorre uma causa que exclui a antijuridicidade. Existente a antijuridicidade do fato típico, ocorre crime. É necessário, porém, para se impor pena, que se verifique se há culpabilidade, ou seja, se existem os elementos que compõem a reprovabilidade da conduta. Inexistente um deles, não há culpabilidade, condição indeclinável para a imposição da pena.

A lei prevê as causas que excluem a culpabilidade pela ausência de um dos seus elementos

Casos de imputabilidade do sujeito:

- a) Doença mental, desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado (art. 26);
- b) Desenvolvimento mental incompleto por presunção legal, do menor de 18 anos (art. 27);
- c) Embriaguez fortuita completa (art. 28, § 1º).

Há ausência de culpabilidade também pela inexistência da possibilidade de conhecimento do ilícito nas seguintes hipóteses.

- a) Erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21);
- b) Erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma discriminante - discriminantes putativas (art. 20, § 1º).
- c) Obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22, segunda parte).

Por fim exclui-se a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (art. 22, primeira parte).

ERRO DE PROIBIÇÃO

Desde o direito romano, sempre se dividiu o erro em duas espécies: o erro de fato, que incide sobre o fato que constitui o crime; e o erro de direito, que se relaciona com a ignorância ou falsa interpretação da lei.

O CP de 1940, a distinção foi mantida. Prevvia-se no art. 16 que a ignorância ou a errada compreensão da lei não isentavam o agente da responsabilidade penal. No art. 17 prevvia-se a relevância do erro de fato, isentando-se o autor da pena s dispondo o § 1º do citado artigo a respeito das discriminantes putativas.

Essa distinção, porém, revelou-se insuficiente e inadequada.

Evoluiu, entretanto, a doutrina, estabelecendo-se outra distinção, mais concisa e técnica, entre erro de tipo e erro de proibição. O erro de tipo é o que incide não sobre o fato, mas sobre os elementos do tipo penal. Assim, o erro sobre um elemento do tipo exclui o dolo e, portanto, o próprio fato típico. O erro de proibição, por sua vez, não diz respeito à tipicidade, ao tipo penal, mas à sua antijuridicidade. Não existe, na hipótese de erro de proibição, a consciência da ilicitude (atual ou parcial) do fato, que é um pressuposto ou elemento da culpabilidade. Desde que inevitável o erro, o agente não pode merecer censura pelo fato que praticou ignorando sua ilicitude. O erro de proibição, portanto, não elimina o dolo; o agente pratica um fato típico, mas fica excluída a reprovabilidade da conduta.

ERRO DE PROIBIÇÃO

Foi visto que, para existir culpabilidade, necessário se torna que haja no sujeito ao menos a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato. Quando o agente não tem ou não lhe é possível esse conhecimento, ocorre o denominado erro de proibição. Há, portanto, erro de proibição quando o autor supõe, por erro, que o seu comportamento é lícito.

O agente no erro de proibição, faz um juízo equivocado sobre aquilo que lhe é permitido fazer na vida em sociedade.

Espécies de erro de proibição:

- a) ignorância ou errada compreensão da lei penal;
- b) erro sobre a existência de uma causa que excluiria a antijuridicidade da conduta;
- c) erro que incide sobre a norma proibitiva (não sobre a lei);
- d) erro sobre a posição do garantidor;
- e) erro sobre os limites de uma causa de justificação;
- f) erro sobre os pressupostos fáticos das causas de exclusão da antijuridicidade etc.

DESCONHECIMENTO DA LEI

Dispõe o artigo 21, em sua primeira parte: “O desconhecimento da lei é inescusável.” Sintomaticamente, o legislador refere-se apenas ao “desconhecimento da lei” e não sobre a errada compreensão da lei, como no art. 16. Ignorância é o completo desconhecimento a respeito da realidade. O erro é o conhecimento falso, equivocado, a respeito dessa realidade. Embora a palavra desconhecer possa ser interpretada também como um falso conhecimento, é visível o intuito do legislador em distinguir a mera ausência de conhecimento da lei, inescusável, do erro de proibição, que pode ser escusável.

O agente supõe ser lícito seu comportamento, porque desconhece a existência da lei penal que o proíba. Trata-se do princípio *ignorantia legis neminem excusat*: promulgada e publicada uma lei,

torna-se ela obrigatória em relação à todos, não sendo pensável que, dentro do mesmo estado, as leis possam ter validade em relação a uns e não em relação a outros que eventualmente a ignorem.

Não pode escusar-se o agente com a simples alegação formal de que não sabia haver uma lei estabelecendo punição para o fato praticado.

ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO

Diz o art. 21, em sua segunda parte: “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a dois terços.”

O dispositivo refere-se ao erro de proibição, que exclui a culpabilidade do agente pela ausência e impossibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato. Não foram incluídos na disposição o desconhecimento da lei, tido como não relevante, e o erro sobre os pressupostos fáticos das discriminantes (discriminantes putativas), objeto de dispositivo diverso.

DESCRIMINANTES PUTATIVAS

Dispõe o art. 20, § 1º: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.” Trata a lei, como expressa a rubrica do dispositivo, das chamadas discriminantes putativas: o agente supõe que está agindo lícitamente ao imaginar que se encontram presentes os requisitos de uma das causas justificativas previstas em lei.

COAÇÃO IRRESISTÍVEL E OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

COAÇÃO FÍSICA IRRESISTÍVEL

São excludentes da culpabilidade a coação irresistível e a obediência hierárquica nos termos previstos pelo art. 22: “se o fato é cometido sob coação irresistível, ou em estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

A coação existe quando há o emprego da força física ou de grave ameaça para obrigar o sujeito a praticar um crime. Pode ser assim física (*vis corporalis* ou *vis absoluta*) ou moral (*vis compulsiva*). Na coação física, o coator emprega meios que impedem o agente de desistir porque seu movimento corpóreo ou sua abstenção do movimento (na omissão) estão submetidos fisicamente ao coator. Não existe na coação física, ação voluntária do coacto e não se pode, falar em conduta, o que leva à afirmação na doutrina da inexistência do próprio fato típico.

Pode a força física, porém não eliminar a ação como na hipótese de torturar-se o gerente de uma agência bancária para que forneça a combinação do cofre ou assine uma autorização para retirada de dinheiro, obtendo o coator a sua colaboração na prática do roubo ou extorsão. A atividade do gerente, ao declinar o número da combinação do cofre ou assinar a autorização, constitui-se em ação porque há vontade (embora não vontade livre), excluindo-se a culpabilidade pela coação moral. O coacto pratica a ação, não pela violência que foi empregada, mas pelo temor de que ela se repita e por não lhe sobrares forças para resistir.

COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

Existe na coação moral uma ameaça, e a vontade do coacto não é livre, embora possa decidir pelo que considere para si um mal menor; por isso trata-se de hipótese em que se exclui não a ação, mas a culpabilidade, por não lhe ser exigível comportamento diverso. É indispensável, porém, que a coação seja irresistível, ou seja, inevitável, insuperável, inelutável, uma força de que o coacto não se

pode subtrair, tudo sugerindo situação à qual ele não se pode opor, recusar-se ou fazer face, mas tão somente sucumbir, ante o decreto do inexorável. É indispensável que a acompanhe um perigo sério e atual de que o coagido não é possível se eximir, ou que lhe seja extraordinariamente difícil suportar. Nesta hipótese não se pode impor ao indivíduo a atitude heróica de cumprir o dever jurídico, qualquer que seja ao dano a que se arrisque.

A ameaça geradora da coação moral irresistível pode ter por objeto não a pessoa do coacto, mas outras que estejam sentimentalmente ligadas a este (esposa, filhos, amigos etc.).

A coação pressupõe sempre três pessoas: o agente, a vítima e o coator.

Pode-se supor a hipótese de coação moral irresistível putativa. Suponha-se que um empregado receba um bilhete em que se ameaça exterminar seu filho que foi seqüestrado, obrigando-o a colaborar num roubo contra a empresa; posteriormente, descobre-se que o bilhete era endereçado a um colega. Há coação moral irresistível porque o sujeito, por erro, estava submetido ao constrangimento e também não se lhe podia exigir comportamento diverso.

OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

A segunda causa excludente da culpabilidade do art. 22 refere-se à prática do crime “em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico”. Trata-se, segundo a doutrina, de uma caso especial de erro de proibição. Supondo obedecer a uma ordem legítima do superior, o agente pratica o fato incriminado.

A dirimente exige que a ordem não seja manifestamente ilegal uma vez que, se flagrante a ilicitude do comando da determinação superior, o sujeito não deve agir.

Não sendo a ordem manifestamente ilegal, se o agente não tem condições de se opor a ela em decorrência das conseqüências que podem advir no sistema de hierarquia e disciplina a que está submetido inexistirá a culpabilidade pela coação moral irresistível, estando a ameaça implícita na ordem ilegal. Em vez de erro de proibição, há inexigibilidade de conduta diversa.

Para que o subordinado cumpra a ordem e se exclua a culpabilidade é necessário que aquela:

- a) seja emanada de autoridade competente;
- b) tenha o agente atribuições para a prática dela; e
- c) não seja a ordem manifestamente ilegal.

Não se escusará, pois, aquele que obedecer ordem de autoridade incompetente ou o que praticar a conduta fora de suas atribuições.

Refere-se a lei apenas à subordinação hierárquica, que é de direito administrativo, sendo subordinados os funcionários de menor graduação em relação aos chefes, o soldado ao cabo ou sargento, etc. estão excluídas do dispositivo, evidentemente, as relações familiares (pai-filho), de emprego (patrão-empregado), religiosas (sacerdote-fieis) etc. que não implicam subordinação hierárquica.

IMPUTABILIDADE

SISTEMAS E CONCEITO

Foi visto que a culpabilidade é um juízo de reprovação e que somente pode ser responsabilizado o sujeito quando poderia ter agido em conformidade com a norma penal. É necessário saber, portanto, quando se pode atribuir ao agente a prática do crime, para se poder falar em censurabilidade da conduta. de acordo com a teoria da imputabilidade moral (livre arbítrio), o homem é um ser inteligente e livre, podendo escolher entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, e por isso a ele se pode atribuir

a responsabilidade pelos atos ilícitos que praticou. Essa atribuição é chamada imputação, de onde provém o termo “imputabilidade”, elemento (ou pressuposto) da culpabilidade. Imputabilidade é, assim, a aptidão para ser culpável.

Há imputabilidade quando o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com seu entendimento.

Há vários sistemas ou critérios nas legislações para determinar quais os que, por serem inimputáveis, estão isentos de pena pela ausência de culpabilidade.

O primeiro é o sistema biológico (ou etiológico), segundo o qual aquele que apresenta uma anomalia psíquica é sempre inimputável, não se indagando se essa anomalia causou qualquer perturbação que retirou do agente a inteligência e a vontade do momento do fato.

O segundo é o sistema psicológico, em que se verificam apenas as condições psíquicas do autor no momento do fato, afastada qualquer preocupação a respeito da existência ou não de doença mental ou distúrbio psíquico patológico.

O terceiro critério é denominado sistema biopsicológico (ou biopsicológico normativo ou misto), adotado pela lei brasileira no artigo 26, que combina os dois anteriores. Por ele, deve verificar-se, em primeiro lugar, se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e averiguar-se se era ele capaz de entender o caráter ilícito do fato

INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL OU DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO

Dispõe o art. 26: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de atender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Trata-se da primeira hipótese de causa de exclusão da imputabilidade. Menciona a lei a doença mental. A expressão abrange todas as moléstias que causam alterações mórbidas à saúde mental. Entre elas, têm-se as chamadas psicoses funcionais: a esquizofrenia, a PMD, a paranóia, etc. são também doenças mentais a epilepsia, a demência senil, a psicose alcoólica, a paralisia progressiva, a sífilis cerebral, a arteriosclerose cerebral, a histeria, etc.

Alguns doutrinadores incluem do dispositivo os estados crepusculares não patológicos, como o sono normal crepuscular, a febre, a sonambulismo, o desmaio, a hipnose por sugestão, etc.

As doenças mentais podem ser orgânicas (paralisia progressiva, sífilis cerebral, tumores cerebrais, etc.), tóxicas (psicose alcoólica ou por medicamentos) e funcionais (psicose senil). De acordo com a duração da moléstia pode ser crônica ou transitória.

Refere-se o art. 26 ainda ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Têm desenvolvimento mental incompleto, os silvícolas não adaptados à civilização, e os surdos mudos que não receberam instrução adequada.

O desenvolvimento mental retardado é o estado mental dos oligofrênicos (nos graus de debilidade mental, imbecilidade e idiotia).

Só é inimputável aquele que, ao tempo da conduta (ação ou omissão). Era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato: o agente pode entender o fato, mas não o caráter ilícito de sua conduta e, nessa hipótese, é inimputável.

É imputável aquele que, embora portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, tem capacidade de entender a ilicitude de seu comportamento e de se autodeterminar.

A prova da inimputabilidade do acusado é fornecida pelo exame pericial.

CULPABILIDADE DIMINUÍDA

Prevê o art. 26, 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”.

ACTIO LIBERA IN CAUSA

A imputabilidade é aferida quando ao momento em que o agente pratica o fato ilícito; é inimputável aquele que, ao tempo da ação ou omissão, não tem a capacidade de entendimento ou autodeterminação. Passando a sofrer doença mental após o fato, o agente responderá pelo ilícito praticado, embora só passe a ser executada a pena quando não mais for necessário o seu internamento no estabelecimento adequado.

Pode ocorrer, contudo, que o agente se coloque, propositadamente, em situação de inimputabilidade para cometer o crime, realizando esse no estado de inconsciência. O sujeito utiliza a si mesmo como instrumento para a prática do fato. Nessa hipótese, considera-se, para o juízo da culpabilidade, a situação do agente no momento em que se colocou em estado de inconsciência. Aplica-se então, o princípio das chamadas *actiones liberae in causa sive ad libertatem relatae*. A caso clássico da *actio libera in causa* (ação livre quando da conduta) é o da embriaguez preordenada, em que o indivíduo bebe com a intenção de cometer determinado delito.

MENORIDADE

MENORIDADE PENAL

São inimputáveis os menores de 18 anos por expressa disposição do art. 27: “Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade.

TEMPO DA MENORIDADE

É considerado imputável aquele que comete o fato típico aos primeiros momentos do dia em que completa 18 anos, pouco importando a hora exata de seu nascimento. O art. 1º da Lei nº 810, de 6-9-1949, que define o ano civil, considera ano e período de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte, sendo impossível que alguém tenha 18 anos pela lei civil e ainda não tenha para a lei penal.

Não há que se falar em inimputabilidade, também, se a execução do crime se iniciou numa noite e se prolongou até o dia seguinte, em que o agente atingia a maioridade.

Comprovada a menoridade penal do réu, o processo deve ser anulado *ab initio* por ausência de legitimidade passiva.

EMOÇÃO E PAIXÃO

Não excluem a imputabilidade penal a emoção ou a paixão (art. 28, I). Emoção é um estado afetivo que, sob uma impressão atual produz repentina e violenta perturbação do equilíbrio psíquico. São emoções a ira, o medo, a alegria, a surpresa, a vergonha, o prazer erótico etc.

A paixão é uma profunda e duradoura crise psicológica que ofende a integridade do espírito e do corpo, o que pode arrastar muitas vezes o sujeito ao crime. É duradoura como uma força que se

infiltra na terra, minando o obstáculo que, afinal, vem a ruir. São paixões o amor, o ódio, a avareza, a ambição, o ciúme, o patriotismo, a piedade, etc.

Pode-se dizer que a diferença entre a emoção e a paixão reside no fato de ser a primeira aguda e de curta duração e a segunda crônica e de existência mais estável.

EMBRIAGUEZ

CONCEITO

A embriaguez pode ser conceituada como a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos que privam o sujeito da capacidade normal de entendimento. Nos termos legais, quanto à sua origem, pode ser classificada em voluntária, culposa e fortuita.

A embriaguez voluntária é a que existe quando o agente pretende embriagar-se, procurando intencionalmente o estado de ebriedade.

Será preordenada se o agente bebe para melhor cometer o crime.

A embriaguez culposa ocorre quando o agente, não pretendendo embriagar-se, bebe demais, imprudentemente, chegando assim ao estado etílico.

A embriaguez fortuita (ou acidental) decorre de caso fortuito ou força maior, situações em que o sujeito não quer embriagar-se nem fica embriagado por culpa sua.

Distingue-se três fases ou graus de embriaguez:

Incompleta, quando há afrouxamento dos freios morais, em que o agente tem ainda consciência, mas se torna excitado, loquaz, desinibido (fase de excitação);

Completa, em que se desvanece qualquer censura ou freio moral, ocorrendo confusão mental e falta de coordenação motora, não tendo o agente mais consciência e vontade livres (fase de depressão);
e

Comatosa, em que o sujeito cai no sono profundo (fase letárgica).

EMBRIAGUEZ FORTUITA

Nos termos do art. 28, § 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”. Trata-se de caso de exclusão da imputabilidade, e portanto, da culpabilidade, fundado na impossibilidade da consciência e vontade do sujeito que pratica o crime em estado de embriaguez completa acidental.

Cabe evidentemente à defesa a prova da exculpante, que somente é reconhecida:

a) se a embriaguez for provocada por caso fortuito ou força maior;

b) se a embriaguez for completa; e

c) se o agente era inteiramente incapaz de entendimento ou auto determinação no momento da conduta (ação ou omissão).

Tratando-se de embriaguez fortuita incompleta há imputabilidade pela existência ainda dessa possibilidade de entender e querer.

TIPOS DE EMBRIAGUEZ

Refere-se o art. 28, inciso II, também aos casos em que a embriaguez é provocada por substâncias que provocam efeitos análogos ao do álcool, incluindo-se, por interpretação analógica, os entorpecentes e estimulantes, tais como a “maconha”; a cocaína; a morfina ou preparados opiáceos; o éter; o clorofórmio, bem como os alucinógenos, como o LSD, etc.

Quanto ao art. 28, deve ser efetuada uma interpretação necessariamente restrita, excluindo-se do âmbito do dispositivo a embriaguez patológica ou crônica.

CONCURSO DE PESSOAS

INTRODUÇÃO

Um crime pode ser praticado por uma ou várias pessoas em concurso. Pode o sujeito, isoladamente, matar, subtrair, falsificar documento, omitir socorro a pessoa ferida etc. frequentemente, todavia, a infração penal é realizada por duas ou mais pessoas que concorrem para o evento. Nesta hipótese, está-se diante de um caso de concurso de pessoas, fenômeno conhecido como concurso de agentes, concurso de delinquentes, co-autoria, co-deliqüência ou participação.

O concurso de pessoas pode ser definido como a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal. Há, na hipótese, convergência de vontades para um fim comum, que é a realização do tipo penal sendo dispensável a existência de um acordo prévio entre as várias pessoas; basta que um dos delinquentes esteja ciente de que participa da conduta de outra para que se esteja diante do concurso.

Deve-se distinguir o concurso de pessoas, que é um concurso eventual, e assim pode ocorrer em qualquer delito passível de ser praticado por uma só pessoa (crimes unissubjetivos), do chamado concurso necessário.. existem numerosos delitos que, por sua natureza intrínseca, só podem ser cometidos por duas ou mais pessoas, como o adultério a bigamia, a rixa, o crime de quadrilha ou bando, etc. são estes chamados crimes de concurso necessário ou crimes plurissubjetivos.

TEORIAS

São várias as teorias a respeito da natureza do concurso de agente quando se procura estabelecer se existe na hipótese um só ou vários delitos, delas defluindo soluções diversas quanto à aplicação da pena.

TEORIA MONISTA, UNITÁRIA OU IGUALITÁRIA - o crime ainda quando tenha sido praticado em concurso de várias pessoas, permanece único e indivisível. Não se distingue entre as várias categorias de pessoas (autor, partícipe, instigador cúmplice, etc.), sendo todos autores (ou co-autores) do crime. Essa posição foi adotada pelo código penal de 1940 ao determinar no art. 25 que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a esse cominadas”.

TEORIA PLURALISTA - à multiplicidade de agentes corresponde um real concurso de ações distintas e, em consequência, uma pluralidade de delitos, praticando cada uma das pessoas um crime próprio autônomo.

TEORIA DUALÍSTICA OU DUALISTA - no concurso de pessoas há um crime para os autores e outros para os partícipes. Existe no crime uma ação principal, que é a ação do autor do crime, a que executa a ação típica, e ações secundárias, acessórias, que são as realizadas pelas pessoas que instigam ou auxiliam o autor a cometer o delito.

CAUSALIDADE FÍSICA E PSÍQUICA

Na questão do concurso de pessoas, a lei penal não distingue entre os vários agentes de um crime determinado: em princípio, respondem por ele todos aqueles que concorreram para a sua realização. A causalidade psíquica (ou moral), ou seja, a consciência da participação no concurso de agentes, acompanha a causalidade física (nexo causal). Quando a lei determina que aquele que “de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”, a amplitude do texto deve ser

entendida em correspondência com a causalidade material e psíquica. Consequentemente, , quem concorre para um evento, consciente e voluntariamente (visto que concorrer para um crime é desejá-lo), responde pelo resultado.

REQUISITOS

Para que ocorra o concurso de agentes, são indispensáveis os seguintes requisitos:

- a) pluralidade de condutas;
- b) relevância causal de cada uma das ações;
- c) liame subjetivo entre os agentes;
- d) identidade de fato.

Existem condutas de várias pessoas, é indispensável, do ponto de vista objetivo, que haja nexo causal entre cada uma delas e o resultado, ou seja, havendo relevância causal de cada conduta, concorreram essas pessoas para o evento e por ele são responsabilizadas.

AUTORIA

Quando na lei se inscreve uma descrição do crime, a ameaça da pena dirige-se àquela que realiza o tipo penal, ou seja, ao sujeito que realiza a ação tipificada. Pratica homicídio quem “mata” a vítima, pratica furto quem “subtrai” a coisa, etc. o art. 29 não distingue em princípio, entre o autor da conduta típica e o que colabora para a ocorrência do ilícito sem realizar a ação referente ao verbo-núcleo do tipo penal, considerando como autores todos quanto concorrerem para ação delituosa. Essa distinção está, porém, na natureza das coisas, ou seja, na espécie diferente de causas do resultado por parte de duas ou mais pessoas, devendo ser assinalada a distinção entre autor, co-autor e partícipe.

Quanto à conceituação de quem é o autor do crime, foram criadas três teoria. A primeira delas fornece um conceito restrito de autor, em um conceito formal objetivo: autor é aquele que pratica a conduta típica inscrita na lei, ou seja, aquele que realiza ação executiva, ação principal. É o que mata, subtrai, falsifica etc.

Uma segunda corrente formula um conceito extensivo do autor, em um critério material-objetivo: autor é não só o que realiza a conduta típica, como também aquele que concorre com uma causa para o resultado. Não se fez assim distinção entre autor e partícipe, já que todos os autores concorreram para o resultado ao contribuírem com uma causa para o evento.

Numa terceira posição, formulada principalmente pela doutrina alemã, conceitua-se como autor aquele que tem o domínio final do fato, trata-se de um critério final-objetivo: autor será aquele que, na concreta realização do fato típico, consciente o domina mediante o poder de determinar o seu modo e, inclusive, quando possível, de interrompê-lo. Autor é, portanto, segundo essa posição, quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato.

Adotamos a teoria formal objetiva, que delimita, com nitidez, a ação do autor (autoria) e a do partícipe (participação), complementada pela idéia da autoria mediata. Autor é quem realiza diretamente a ação típica, no todo ou em parte, colaborando na execução (autoria direta), ou quem a realiza através de outrem que não é imputável ou não age com culpabilidade (autoria mediata).

São co-autores os que conjuntamente realizam a conduta típica. Os demais, ou seja, aqueles que, não sendo autores mediatos, colaboram na prática do delito sem realizarem a conduta típica, sem participarem da execução, são partícipes.

CO-AUTORIA

O concurso de pessoas pode realizar-se através da co-autoria e da participação. Co-autor é quem executa, juntamente com outras pessoas, a ação ou omissão, que configura o delito. Assim, se duas pessoas disparam suas armas, alvejando a vítima e causando-se a morte, responderão como co-autores.

Há, na co-autoria, a decisão comum para a realização do resultado da conduta.

Inexistente a consciência de cooperação na conduta comum, não haverá concurso de pessoas, restando a autoria colateral (ou co-autoria colateral ou imprópria). Caso duas pessoas, ao mesmo tempo, sem conhecerem a intenção uma da outra, dispararem sobre a vítima, responderão cada uma por um crime se os disparos de ambas forem causas da morte. Se a vítima morreu apenas em decorrência da conduta de uma, a outra responderá por tentativa de homicídio. Havendo dúvida insanável quanto à causa da morte, ou seja, sobre a autoria, a solução deverá obedecer ao princípio *in dubio pro reu*, punindo-se ambos por tentativa de homicídio.

PARTICIPAÇÃO

Fala-se em participação, em sentido estrito, como a atividade acessória daquele que colabora para a conduta do autor com a prática de uma ação que, em si mesma, não é penalmente relevante. Essa conduta somente passa a ser relevante quando o autor, ou co-autores, iniciam ao menos a execução do crime. O partícipe não comete a conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas pratica uma atividade que contribui para a realização do delito. Trata-se de uma das hipóteses de enquadramento de subordinação ampliada ou por extensão, prevista na lei, que torna relevante qualquer modo de concurso, que transforma em típica uma conduta de per si atípica. Há na participação uma contribuição causal, embora não totalmente indispensável, ao delito e também a vontade de cooperar na conduta do autor ou co-autores.

São várias as formas de participação.

Instiga aquele que age sobre a vontade do autor, fazendo nascer neste a idéia da prática do crime ou acoroçoando a já existente, de modo determinante na resolução do autor, e se exerce através do mandato, persuasão, conselho, comando, etc.

Cúmplice é aquele que contribui para o crime prestando auxílio ao autor ou partícipe, exteriorizando-se a conduta por um comportamento ativo (o empréstimo da arma, a revelação do segredo de um cofre etc.). não se exclui, porém, a cumplicidade por omissão nas hipóteses em que o sujeito tem o dever jurídico de evitar o resultado. Cita-se como exemplo a omissão do empregado que não tranca o cofre para que seja facilitado a ação do autor do furto com o qual colabora o partícipe.

AUTORIA MEDIATA

Como já se assinalou, autor não é apenas o que realiza diretamente a ação ou omissão típica, mas quem consegue a execução através de pessoa que atua sem culpabilidade. Chama-se isso autoria mediata (ex. a enfermeira, por ordem do médico, ministra um veneno ao paciente supondo que se trata de um medicamento).

CONCURSO DE PESSOAS E CRIMES POR OMISSÃO

É possível a participação em crime omissivo puro, ocorrendo o concurso de agentes por instigação ou determinação. Assim, se o agente instiga outrem a não efetuar o pagamento de sua prestação alimentícia, responderá pela participação no crime de abandono material.

Não se pode falar, porém, em co-autoria em crime omissivo próprio. Caso duas pessoas deixem de prestar socorro a uma pessoa ferida, podendo cada uma delas fazê-lo sem risco pessoal, ambas cometerão o crime de omissão de socorro, isoladamente, não se concretizando hipótese de concurso de agentes.

Também é possível a participação por omissão em crime comissivo. Se um empregado que deve fechar a porta do estabelecimento comercial não o faz, para que terceiro possa mais tarde praticar uma subtração, há participação criminosa no furto em decorrência do não-cumprimento do dever jurídico de impedir a subtração. Não se pode falar em participação por omissão, todavia, quando não concorra o dever jurídico de impedir o crime. A simples convivência não é punível. Também não participa do crime aquele que, não tendo o dever jurídico de agir, não comunica o fato à polícia para que possa esta impedi-lo. É sempre indispensável que exista o elemento subjetivo (dolo ou culpa) e que a omissão seja também “causa” do resultado, vale dizer, que, podendo agir, o omitente não o tenha feito.

CO-AUTORIA DE CRIME CULPOSO

De há muito está assentada a possibilidade de concurso em crime culposos. Existe um vínculo psicológico entre duas pessoas na prática da conduta, ainda que não em relação ao resultado, concorrem elas para o resultado lesivo se obrarem com culpa em sentido estrito.

O concurso de agente no crime culposos difere daquele do ilícito doloso, pois se funde apenas na colaboração da causa e não do resultado (que é involuntário). Disso deriva a conclusão de que é autor todo aquele que causa culposamente o resultado, não se podendo falar em participação em crime culposos.

COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA

A participação, conforme a doutrina moderna, é acessória de um fato principal. Para a punibilidade do partícipe basta que o fato seja típico e antijurídico. Em casos de instigação ou outras formas de participação, é possível que o resultado ocorrido seja diverso daquele pretendido pelo partícipe. Há um desvio subjetivo entre os sujeitos, uma cooperação dolosamente distinta entre o partícipe e o autor que executa o crime mais grave do que o desejado por aquele. Ex.: A determina que B dê uma surra em C; B mata C. Perante a lei anterior, ambos responderiam pelo crime mais grave, podendo o mandante ou o instigador beneficiar-se de uma causa de diminuição de pena. Assim, não responderiam os partícipes se, eventualmente, os executores praticassem um estupro além do ilícito ajustado. A falta de previsibilidade quanto ao crime mais grave, segundo a doutrina, excluía a responsabilidade do partícipe no ilícito que resultara exclusivamente da vontade do praticante da ação típica.

Quando o crime mais grave, embora não querido, é previsto e aceito pelo partícipe, responde por esse ilícito a título de dolo eventual. A essa conclusão leva a disposição do dispositivo ao se referir apenas à previsibilidade do fato e não à previsão do partícipe.

Não se aplica também o dispositivo nos casos de autoria mediata, já que nesse caso não se pode falar em participação. O agente é autor do fato e responde pelo resultado ocorrido.

O art. 29, § 2º, consagra o princípio da individualização da pena no concurso de pessoas ao determinar que cada concorrente é responsável de acordo com o elemento subjetivo (dolo) e também não descarta do princípio da proporcionalidade ao prever o aumento da pena quando, além do dolo referente ao crime menor, há um desdobramento psicológico da conduta do partícipe quanto à previsibilidade da realização do crime mais grave (culpa).

PUNIBILIDADE NO CONCURSO DE AGENTES

Diante do disposto no art. 29, todos os autores, co-autores e partícipes incidem nas penas cominadas ao crime praticado, exceto no caso de estes últimos terem querido participar do crime menos grave. Entretanto, no processo de aplicação da pena deve o juiz distinguir a situação de cada um, “na medida de sua culpabilidade”, ou seja, segundo a reprovabilidade da conduta do co-autor ou partícipe.

Nessa linha de verificação da culpabilidade, determina-se no art. 29, § 1º: “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

QUALIFICADORAS E AGRAVANTES

O concurso de pessoas pode ser uma qualificadora de delito. Em razão da maior facilidade para a execução do crime e a conseqüente diminuição do risco do agente, a lei reforça a garantia penal quando, em determinados delitos, há associação de delinqüentes.

CONCURSO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

Dispõe o art. 30: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Em primeiro lugar, estabeleceu a lei nova a distinção entre circunstâncias e condições pessoais. Enquanto as condições referem-se às relações do agente com a vida exterior, com outros seres e com as coisas (menoridade, reincidência etc.), além de indicar um estado (parentesco, casamento), as circunstâncias são elementos que, embora não essenciais à infração penal, a ela se integram e funcionam para moderar a qualidade e quantidade da pena (motivo do crime, desconhecimento da lei, confissão espontânea, etc.).

Refere-se a lei às condições pessoais (ou subjetivas) em oposição às condições reais (ou objetivas). São estas as circunstâncias referentes ao fato objetivamente considerado, em que não se incluem as condições ou particularidades do agente.

As condições e circunstâncias pessoais não se comunicam entre os co-autores ou partícipes. Assim, cada sujeito responderá de acordo com as suas condições (menoridade, reincidência, parentesco) e circunstância (motivo fútil, de relevante valor social ou moral, de prescrição etc.).

Entretanto, dispõe a lei que as circunstâncias de caráter pessoal “elementares” do crime comunicam-se entre os agentes. Não se trata na espécie, de verdadeiras “circunstâncias”, mas de “elementos” que, necessariamente, fazem parte do tipo penal. Assim, aquele que auxilia, por exemplo, o funcionário público na prática do peculato responde por esse crime ainda que não exerça função pública.

Não se comunicam porém, as causas pessoais de exclusão de pena (como as imunidades diplomáticas) ou algumas espécies de causas de extinção da punibilidade (indulto, retratação etc.).

Determinando a lei que não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, a contrario sensu determina que são comunicáveis as de caráter objetivo.

Pelas mesmas razões, não se comunicam as circunstâncias elementares de caráter pessoais quando conhecidas do partícipe.

CONCURSO E EXECUÇÃO DO CRIME

Art. 31: “O ajuste, a determinação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

Ajuste é o acordo feito para praticar crime.

Determinação é a provocação para que surja em outrem a vontade de praticar o crime.

Instigação é a estimulação de idéia criminoso já existente.

Auxílio é a ajuda material, prestada na preparação ou execução do crime.

O planejamento de duas ou mais pessoas para a prática do crime (exceto o caso do crime de quadrilha ou bando), o mandato, ou conselho, a ajuda, o induzimento, etc. não incidem na esfera penal enquanto não se puder caracterizar a tentativa.

AUTORIA INCERTA

Aceita a teoria monista, o código resolve qualquer problema com relação à autoria incerta, determinando que todos respondem pelo resultado, ainda que não se possa saber quem praticou a ação prevista no núcleo do tipo.

A exceção encontra-se no art. 29, § 2º, que determina seja o agente punido pelo crime menos grave, de que queria participar, mas a ressalva vale apenas para as hipóteses de participação.

MULTIDÃO DELINQUENTE

Afastada a hipótese de associação criminosa (quadrilha ou bando), é possível o cometimento de crime pela multidão delinquente, como nas hipóteses de linchamento, depredação, saque, etc. responderão todos os agentes por homicídio, dano, roubo, nesses exemplos, mas terão as penas atenuadas aqueles que cometerem o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocaram. A pena, por sua vez, será agravada para os líderes, os que promoveram ou organizaram a cooperação no crime ou dirigiram a atividade dos demais agentes (art. 62, I).

AS PENAS

AS PENAS EM GERAL

ESCOLAS PENAIAS

Investigando-se o direito de punir do Estado (também dever de punir), que nasce com a prática do crime, surgiram três correntes doutrinárias a respeito da natureza e dos fins da pena.

As teorias absolutas (de retribuição ou retribucionistas) têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime.

Nas teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas) dava-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção. O crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada.

Já para as teorias mistas (eccléticas) fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção.

CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO

Devem existir na penas várias características: legalidade, personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade.

As penas corporais atingem a própria integridade física do criminoso. São os açoites, as mutilações e a morte.

As penas privativas de liberdade são as mais utilizadas nas legislações modernas, apesar do consenso da falência do sistema prisional. Podem ser divididas em prisão perpétua e prisão temporária, sendo a primeira vedada em dispositivo constitucional brasileiro (art. 5º, XLVII, “b”). Originaram-se as penas privativas de liberdade de outras penas: enquanto aguardavam a execução (pena de morte, desterro, galés etc.), os sentenciados ficavam privados da liberdade de locomoção, passando a ser a prisão, depois, a própria sanção penal. Tem sido bastante combatida, afirmando-se ser ela instrumento degradante, destruidora da personalidade humana e incremento à criminalidade por imitação e contágio moral.

As penas restritivas de liberdade limitam em parte o poder de locomoção do condenado, embora não sejam eles recolhidos à prisão. Exemplos são o banimento (perda dos direitos políticos e de habitar

o país), degredo ou confinamento (residência em local determinado pela sentença), desterro (saída obrigatória do território da comarca e do domicílio da vítima) etc.

As penas pecuniárias são as que acarretam diminuição do patrimônio do condenado ou o absorvem totalmente, sendo suas modalidades a multa e o confisco. (confisco é o perdimento dos bens do agente).

As penas privativas e restritivas de direitos retiram ou diminuem direitos dos condenados.

AS PENAS NA LEI Nº 7.209/84

Abandonou-se, no CP, com a reforma operada pela lei nº 7209, a distinção entre penas principais (reclusão, detenção e multa) e acessórias (a perda de função pública, as interdições de direitos e a publicação da sentença), declarando-se, no art. 32, que as penas são:

- Iprivativas de liberdade;
- IIrestritivas de direitos;
- IIImulta.

Pode-se, porém, distinguir na nova lei as *penas comuns*, que são as privativas de liberdade (reclusão e detenção) e a multa; e as *penas alternativas ou substitutivas* (restritivas de direitos. A multa, porém, pode ser utilizada como substitutiva da pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, nos termos do art. 60, § 2º.

RECLUSÃO E DETENÇÃO

Enquanto na lei anterior se estabelecia uma diferença na execução, consistente no facultativo isolamento absoluto por um período não superior a três meses exclusivamente para a reclusão, a distinção cinge-se agora ao disposto no artigo 33, em que se possibilita o cumprimento da pena de reclusão nos três regimes (fechado, semi-aberto ou aberto) e a de detenção apenas nos dois menos severos. Permite-se porém, no caso de regressão, que o condenado a pena de detenção venha a cumpri-la em regime fechado.

EXAME CRIMINOLÓGICO

Para que se cumpram as determinações constitucionais a respeito da personalidade e proporcionalidade da pena, é imperioso que se faça a classificação dos condenados para a individualização indispensável ao tratamento penitenciário adequado. Individualizar, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e elementos necessários para lograr a reinserção social, iniciando-se o processo com a observação do condenado para a sua classificação.

O exame criminológico é realizado pela Comissão Técnica de Classificação de cada presídio.

O exame criminológico, somente será realizado após o trânsito em julgado da sentença condenatória, já que visa à individualização para a execução da pena privativa de liberdade, e será obrigatória para os que forem submetidos, pela decisão, ao regime fechado, e facultada para os que estão sujeitos desde o início ao regime semi-aberto

REGIMES

São três os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade.

a)Regime fechado, com a execução em estabelecimento de segurança máxima ou média. A pena é cumprida em penitenciária e o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a

isolamento durante o repouso noturno em cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

b) Regime semi-aberto - a pena deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar, podendo ser o condenado alojado em compartimento coletivo

c) Regime aberto - fundado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, deverá ele, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o repouso noturno e nos dias de folga na casa do albergado, que deverá conter, além dos aposentos para os presos, lugar adequado para cursos e palestras e instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

REGIME INICIAL

Estão obrigatoriamente sujeitos ao regime fechado, no início do cumprimento da pena, os condenados à reclusão reincidentes ou cuja pena seja superior a oito anos.

Por regra especial, a pena de prisão simples, aplicada nas contravenções, só pode ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto. Impossível, pois, ser fixado para ela o regime fechado.

Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processo distintos, a determinação de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada quando for o caso, a detração ou remição.

A opção pelo regime inicial da execução cabe ao juiz da sentença.

O regime de prisão aberta em residência particular (prisão domiciliar), indiscriminadamente concedido durante a vigência da lei anterior com graves prejuízos à defesa social, somente será admitido se o condenado for maior de setenta anos, se estiver acometido de doença grave, ou se tratar de mulher com filho menor ou deficiente físico ou mental ou se for gestante (art. 117 da LEP). Entretanto, diante da falta de estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena em regime aberto, a jurisprudência voltou a se fixar no sentido de que, nessa hipótese, deve-se conceder a prisão em domicílio.

PROGRESSÃO E REGRESSÃO

Iniciado o cumprimento da pena no regime estabelecido na sentença, possibilita-se ao sentenciado, de acordo com o sistema progressivo, a transferência para regime menos rigoroso, desde que tenha cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e o mérito do condenado recomendar a progressão. A decisão do juiz do processo é provisória e, a partir do regime fechado, pode-se transferir o sentenciado para o regime semi-aberto e deste para o regime aberto. Não cabe a progressão, evidentemente, nas hipóteses de crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo uma vez que, nesses casos, a pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado.

Por outro lado, instituiu-se também a regressão, ou seja, a transferência de um regime para outro mais rigoroso. O condenado que cumpre pena em regime aberto pode ser transferido para o regime semi-aberto ou fechado, e o que cumpre a sanção no regime semi-aberto será recolhido a estabelecimento de segurança máxima ou média. Estabelece o art. 118 da LEP, obrigatoriamente, a regressão para qualquer dos regimes mais rigorosos quando o sentenciado pratica fato definido como crime doloso ou falta grave, ou sofre condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torna incabível o regime.

Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: incitar ou participar de movimento que subverter a ordem ou a disciplina; fugir; possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidentes de trabalho; descumprir, no regime aberto,

as condições impostas; inobservar os deveres referentes à obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se à execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

DEVERES E DIREITOS DO PRESO

Cumpra ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena (art. 38 da LEP). Além da disciplina, que consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes no desempenho do trabalho (arts. 44 e ss da LEP), prevê a lei um conjunto de regras inerentes à boa convivência, em especificação exaustiva que “atende ao interesse do condenado, cuja conduta passa a ser regulada mediante regras disciplinares claramente previstas”. Constituem deveres específicos do condenado:

- I.comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II.obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deverá relacionar-se;
- III.urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV.conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V.execução do trabalho, das tarefas e faz ordens recebidas;
- VI.submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII.indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII.indenização ao Estado quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX.higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X.conservação dos objetos de uso pessoais (art. 39 da LEP).

Estabelece-se exaustivamente na lei os direitos dos presos:

- I.alimentação suficiente e vestuário;
- II.atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III.previdência social;
- IV.constituição de pecúlio;
- V.proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI.exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII.assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII.proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX.entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X.visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI.chamamento nominal;
- XII.igualdade de tratamento salvo quanto a exigência da individualização da pena;
- XIII.audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV.representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV.contato com o mundo exterior por meio de correspondência, de leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes (art. 41 da LEP).

Somente os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser supridos ou restringidos; exigindo-se ato motivado do diretor do estabelecimento.

TRABALHO DO PRESO

Impõe-se ao preso o trabalho obrigatório, remunerado e com as garantias dos benefícios da previdência social (art. 39). Trata-se de um dever social e condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva.

Tratando-se do regime fechado, 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, sendo admissível o trabalho externo em serviços e obras públicas (art. 34, § 3º). Para o trabalho externo exige-se, além disso, o cumprimento mínimo de um sexto da pena (art. 37 da LEP).

Em regime semi aberto, o trabalho é realizado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos, profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35).

Embora o trabalho do preso não esteja sujeito ao regime de CLT, será ele remunerado, mediante prévia tabela, não podendo a remuneração ser inferior a três quartos do salário mínimo.

O condenado por crime político não está obrigado ao trabalho (art. 200 da LEP).

REMIÇÃO

A remição é uma nova proposta inserida na legislação penal pela Lei nº 7219/84, tendo como finalidade mais expressiva a de abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação. Prevê o art. 126 da LEP: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena”. O instituto de remição está consagrado no código penal espanhol (art. 100) e sua origem remonta ao direito penal militar da guerra civil espanhola, estabelecido que foi pelo decreto de 28 de maio de 1937 para os prisioneiros de guerras e os condenados por crimes especiais.

A contagem do tempo será feita, nos termos do art. 126, § 1º, da LEP, à razão de um dia de pena por três de trabalho, e alcançará, conforme o disposto no § 2º do mesmo dispositivo, o preso impossibilitado de prosseguir no trabalho por ter sido vítima de acidente durante o trabalho prisional. É praticamente pacífico na jurisprudência que o tempo remido deve ser computado como de pena privativa de liberdade cumprida pelo condenado e não simplesmente abatido do total da sanção aplicada.

Como a remição é instituto criado pela LEP, tem ela caráter geral, abrangendo todos os condenados sujeitos a esse diploma legal.

DETRAÇÃO

Com a rubrica de “detração”, determina o art. 42: “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”.

A prisão provisória a que se refere a lei é a prisão processual que pode ocorrer em virtude de atuação em flagrante delito, de prisão temporária, de prisão preventiva, de sentença de pronúncia e de decisão condenatória recorrível, ou seja, em todas as hipóteses em que o criminoso é recolhido à prisão antes da prolação da sentença condenatória definitiva que autoriza a execução da pena.

Computa-se, também, por razões humanitárias, o tempo em que o condenado esteve internado em estabelecimento destinado ao desconto de medida de segurança, inclusive quando a transferência para este estabelecimento decorreu da superveniência de doença mental (art. 41). Quando, todavia, a doença mental ou a perturbação da saúde mental eclodir durante a execução da pena privativa de liberdade, o juiz poderá determinar a substituição dessa pena por medida de segurança (art. 183 da LEP). Nessa hipóteses o prazo de recolhimento do sentenciado passará a ser regulado de acordo com as

normas que regem a medida de segurança e não mais de acordo com os dispositivos relativos à execução da pena.

Inovando, inclui a lei nova na detração o tempo em que o condenado esteve submetido à prisão administrativa.

Classifica-se a prisão em dois ramos: a prisão penal, decorrente da prática de crime ou contravenção, e a prisão civil em sentido amplo, que não decorre da prática do ilícito penal. Esta última subdivide-se em prisão administrativa e prisão civil em sentido estrito.

A prisão civil em sentido estrito, ou seja, a prisão por dívida civil, somente é permitida ao depositário infiel e ao responsável pelo inadimplemento da obrigação alimentar voluntário e inescusável.

Questão discutida e não resolvida pela lei nova é a de saber se, para a aplicação do art. 42, deve existir ou não o nexó entre o motivo da prisão e a pena que cumpre o sentenciado.

São várias as correntes a respeito do assunto. Em uma orientação mais restrita, e atualmente em declínio, afirma-se que a prisão computável na duração da pena deve relacionar-se com o fato que é objeto de condenação.

A orientação mais liberal é a mais aceitável sendo de boa política criminal que seja computado em favor do condenado o tempo de prisão que, afinal, não deveria ter cumprido. Aliás a CF prevê que deve ser indenizado o condenado por erro judiciário, assim como aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, inc. LXXV) e não há indenização mais adequada para o tempo de prisão provisória que se julgou indevida pela absolvição, do que ser ele computado no tempo da pena imposta por outro delito.

Tem-se decidido também que é computado o prazo de prisão albergue ou de regime de semiliberdade ainda que irregularmente concedido o benefício. Evidentemente não se computa o prazo em que o condenado esteve sob *sursis*, já que nessa hipótese não esteve ele recolhido à prisão e a execução da pena esteve suspensa. Por falta de previsão legal, não há que se falar em detração quando é aplicada pena de multa.

PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

CLASSIFICAÇÃO

No que tange à sua aplicabilidade, as penas podem ser classificadas como:

- a)únicas, quando existe uma só pena e não há qualquer opção para o julgador;
- b)conjuntas, nas quais se aplicam duas ou mais penas (prisão e multa) ou uma pressupõe a outra (prisão com trabalhos forçados);
- c)paralelas, quando se pode escolher entre duas formas de aplicação da mesma espécie de pena (por exemplo, reclusão e detenção);
- d)alternativas, quando se pode eleger entre penas de naturezas diversas (reclusão ou multa por exemplo).

A lei nº 7209, como será visto, deu ênfase ao sistema de penas alternativas, abrindo ao julgador um leque de possibilidades na aplicação das sanções.

A Lei nº 7209 inseriu no CP o sistema de penas alternativas (ou substitutivas) de caráter geral, em vez de se propor a alternatividade apenas para determinados delitos na parte especial do estatuto repressivo. As penas substitutivas foram denominadas penas restritivas de direitos e classificadas no art. 43 em:

- I.prestação de serviços à comunidade;
- II.interdição temporária dos direitos;

III. limitação de fim de semana.

A multa passou também a ser substitutiva da pena privativa de liberdade, quando esta, aplicada, não for superior a seis meses.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

Dispõe o art. 46: “a prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais”.

As tarefas serão atribuídas conforma as aptidões do condenado e devem ser cumpridas durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (art. 46, parágrafo único, do CP e 149, § 1º, da LEP). Permite-se o desdobramento dos horários, conforme a determinação do juiz, a fim de não ser prejudicada a atividade laborativa normal do condenado. Não há limitação ao número mínimo de horas por dia de trabalho, obedecendo-se apenas ao tempo exigido semanalmente.

INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DOS DIREITOS

As penas de interdição temporária de direitos são:

- I. proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
- II. proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
- III. suspensão da autorização ou de habilitação para dirigir veículos (art. 47).

O legislador elevou as antigas penas acessórias de interdições de direitos à categoria de penas principais e autônomas, com categoria de alternativas às penas privativas de liberdade inferiores a um ano ou as que seriam aplicadas aos autores de crimes culposos. Entende-se que essa espécie de sanção atinge todos os interesses econômicos do condenado sem acarretar os males representados pelo recolhimento à prisão por curto prazo e que os interditos sentirão de modo muito mais agudo os efeitos da punição do tipo restritivo ao patrimônio. Ademais, tem maior significado na prevenção, já que priva o sentenciado da prática de certas atividades sociais em que se mostrou irresponsável ou perigoso.

LIMITAÇÕES DE FIM DE SEMANA

A última das penas restritivas de direitos previstas nos art. 43, III, e 48 é a limitação de fim de semana. Originariamente instituído na Alemanha Ocidental, o confinamento de fim de semana foi adotado, quer como pena *sui generis*, quer como forma de execução, na Bélgica, na Espanha, Portugal (prisão por dias livres), Mônaco, França e África do Sul. No Brasil, é uma das penas substitutivas e consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, podendo ser ministrado aos condenados durante essa permanência cursos e palestras, ou atribuídas a eles atividades educativas (art. 48 e parágrafo único).

Em sua essência, foi essa pena criada para o fracionamento da pena privativa de liberdade de curta duração, de tal forma que a sanção fosse cumprida apenas nos fins de semana. Em termos da lei pátria, porém, como deve ter “a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída”, a limitação de fim de semana corresponderá apenas a dois dias de cada semana do prazo estipulado para a pena privativa de liberdade aplicada inicialmente pelo juiz na sentença condenatória.

Vantagens do instituto:

- a) a permanência do condenado junto à sua família, ocorrendo o seu afastamento apenas nos dias dedicados ao repouso semanal;
- b) a possibilidade de reflexão sobre o ato cometido, no isolamento a que é mantido o condenado;

- c) a permanência do apenado em seu trabalho, evitando, assim, dificuldades materiais para a sua família, decorrentes da ausência do chefe;
- d) ausência dos malefícios advindos do contato do apenado com condenados mais perigosos, o que fatalmente ocorreria, na hipótese de execução da pena de forma contínua em isolamento celular;
- e) o abrandamento da pena acessória de ‘rejeição social’ que normalmente marca o condenado recolhido a um estabelecimento penitenciário;
- f) a oportunidade de se apenas determinados delinquentes, chamados de ‘colarinho branco’, que por via de regra se furtam à ação da justiça.

COMINAÇÃO

Diante da criação do sistema de substituição das penas privativas de liberdade pelas penas alternativas, obrigou-se o legislador a inserir um capítulo referente ao seu mecanismo, que não poderia situar-se repetitivamente em cada modalidade de delito.

Quanto às penas privativas de liberdade continuam elas a terem seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal (art. 53), como aliás ocorria na legislação anterior. A pena de multa, porém, prevista em cada tipo legal, tem os limites fixados no art. 49 e seus parágrafos (art. 58), e o mesmo ocorre quando é aplicada em substituição à pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, 58, parágrafo único, e 60, § 2º.

A partir do art. 54, porém, o código prevê a cominação e aplicação das penas restritivas de direitos. Não estão elas cominadas abstratamente para cada tipo penal, mas são aplicáveis a qualquer deles, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade fixada em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos, qualquer que seja sua duração. É o que determina o art. 54. Assim, após aplicada pelo juiz a pena privativa de liberdade, conforme cominação específica do crime pelo qual o réu foi condenado, poderá o magistrado do processo substituí-la pela pena restritiva de direito aplicável na espécie. Essa substituição se dá de tal forma que a duração da pena restritiva de direito é a mesma da pena privativa de liberdade fixada inicialmente e substituída, *ex vi* do disposto no art. 55.

Somente após o trânsito em julgado da sentença que aplicou a prestação de serviços ou de limitação de fim de semana é que se determinará, no juízo da execução, a forma de cumprimento dessas sanções, ajustadas às condições pessoais do condenado, às características do estabelecimento da entidade ou programa comunitário ou estatal (art. 46, parágrafo único, do CP, e 147 a 155 da LEP).

Permiti-se ainda a substituição da pena privativa de liberdade pela multa, que passa a ser nessa hipótese também uma pena alternativa. Determina a lei a faculdade do juiz de impor a pena pecuniária quando for aplicada a pena privativa de liberdade não superior a seis meses, observando-se, no caso, os critérios estabelecidos no artigo 44, II e III, ou seja, desde que o sentenciado não seja reincidente e que as condições judiciais indiquem ser ela suficiente (art. 60, § 2º). Assim, a aplicação da pena de multa, nessas hipóteses, independe de cominação no tipo penal específico.

SUBSTITUIÇÃO

A substituição da pena privativa de liberdade por uma ou mais restrição de direitos ou de multa depende da existência dos requisitos mencionados no artigo 44.

Em primeiro lugar, como pressuposto objetivo, o juiz só poderá proceder à substituição se a pena privativa de liberdade aplicada inicialmente for inferior a um ano (para as penas restritivas de direitos) ou até seis meses (para pena de multa) (art. 44, e 60, § 2º). Tratando-se de crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena

restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exeqüíveis simultaneamente (art. 44, parágrafo único). Nessa hipótese, obrigatoriamente, o juiz, se efetuar a substituição, deverá aplicar duas penas cumulativas que podem ser executadas ao mesmo tempo (suspensão da habilitação para dirigir veículo e multa; limitação de fim de semana e suspensão de habilitação para dirigir veículo, etc.).

Havendo concurso de crimes, a substituição é possível quando o total das penas não ultrapassa os limites acima mencionados (com exceção dos crimes culposos). Quando se trata de concurso formal ou crime continuado em ilícitos dolosos, a substituição far-se-á por uma pena só restritiva de direito ou multa mas, no caso de concurso material, a substituição poderá ser efetuada por duas ou mais penas alternativas idênticas (quando os crimes forem idênticos), ou mesmo por penas substitutivas diversas (se não o forem). Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais (art. 69, § 2º). Quando, porém, tiver sido aplicada pena privativa de liberdade sem a concessão da sursis, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição (art. 69, § 1º).

Não basta porém o requisito referente à quantidade da pena privativa de liberdade imposta para que se permita a substituição pela pena alternativa. Indispensável são também os requisitos subjetivos previstos no art. 44, incisos II e III, que se referem às condições pessoais do sentenciado.

O primeiro deles é não ser o condenado reincidente, ou seja, que na época do crime, não fora condenado em sentença transitada em julgado por crime, no País ou no estrangeiro (art. 63).

É necessário também que esteja necessário o último pressuposto, ou seja, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem que a substituição é suficiente (art. 44, III).

De acordo com o art. 55 do CP, como já visto, a pena restritiva de direitos deve ter a mesma duração da pena privativa de liberdade por ela substituída, não podendo o juiz dar-lhe uma duração maior ou menor daquela estabelecida na fixação do tempo de reclusão, detenção ou prisão simples fixada em princípio. Também não pode o juiz fixar diretamente a pena restritiva de direito, que embora autônoma, tem caráter substitutivo da pena privativa de liberdade.

OPÇÕES DO JUIZ

Preenchidos os pressupostos subjetivos (art. 44, II e III), se entender suficiente a substituição das penas alternativas, deverá o juiz, após aplicar a pena privativa de liberdade, observar qual a espécie de sanção a ser imposta definitivamente, já que a lei prevê as linhas a serem obedecidas na escolha da pena substituta.

No caso de crime doloso são as seguintes as opções conferidas ao julgador:

1. se aplicada pena privativa de liberdade não superior a seis meses, permite-se, para qualquer que seja o ilícito, a substituição por pena de multa (art. 60, § 2º);
2. se aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano e tendo sido praticado o crime no exercício de cargo ou função pública, permite-se a substituição pela pena prevista no art. 47, I (art. 56);
3. se aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano e tendo sido praticado o crime no exercício da profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, permite-se a substituição pela pena prevista no artigo 47, II (art. 56);
4. se aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano e não se tratar dos crimes referidos nos itens 2 e 3, permite-se a substituição pela pena de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana (art. 44).

Na hipótese de crime culposos são as seguintes as opções:

1. se aplicada pena privativa de liberdade não superior a seis meses, permite-se, para qualquer que seja o ilícito, a substituição por pena de multa (art. 60, § 2º);
2. se aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano e não se tratar de crime de trânsito, permite-se a substituição pela pena de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana e, nos crimes cometidos no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, com violação dos deveres que lhe são inerentes, as penas de interdição de direitos previstas no art. 47, I ou II, conforme as hipóteses (arts. 44, I, e 56);
3. se aplicada pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano e não se tratando de crime de trânsito, permite-se a substituição por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente, observadas as limitações quanto aos crimes praticados com violação de deveres, referidas no item anterior (arts. 44, parágrafo único, e art. 56);
4. se aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano e se tratar de crime de trânsito, permite-se a substituição pela pena prevista no art. 47, III (arts. 44, I e 57).
5. Se aplicada pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano e se tratar de crime de trânsito, permite-se a substituição pela pena de substituição da habilitação para dirigir veículo cumulada com pena de multa ou outra pena restritiva de direitos, exequíveis simultaneamente (arts. 44, parágrafo único, e 57);
6. Se aplicada pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano, se o sentenciado não é habilitado ou autorizado a dirigir veículo e mesmo que se trate de crime de trânsito, permite-se a substituição por uma pena de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana, ou, se for a hipóteses, pelas interdições previstas no art. 47, I ou II (art. 44, I);
7. Se aplicada pena privativa de liberdade superior a um ano, se o sentenciado não é habilitado ou autorizado a dirigir veículo e mesmo que se trate de crime de trânsito, permite-se a substituição nos termos do item 3 supra (arts. 44, parágrafo único, e 56).

CONVERSÃO

Não aquinhoadado inicialmente com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o sentenciado poderá obtê-la durante a execução através da conversão, instituto criado pela lei de execução penal. A conversão somente poderá ser efetuada, porém, quando for aplicada pena privativa de liberdade não superior a dois anos (art. 180 da LEP). Procurou-se dinamizar o quadro da execução da pena de tal maneira que a sanção finalmente cumprida não é, necessariamente, a pena aplicada na sentença, permitindo-se melhor individualização da sanção penal.

Prevê-se a possibilidade da conversão nas hipóteses em que, pela quantidade da pena privativa de liberdade aplicada, não era possível a substituição quando da sentença. Além de somente poder ser convertida a pena não superior a dois anos, exige a lei que:

- I. o condenado a esteja cumprindo em regime aberto;
- II. tenha sido cumprido pelo menos um quarto da pena;
- III. os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável (art. 180).

Sendo apenas estes os pressupostos para a conversão, não pode o juiz da execução negá-la com fundamento nas demais circunstâncias exigidas para a substituição quando da sentença (culpabilidade, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime etc.).

A conversão, ou seja, a alternatividade de uma pena por outra no curso da execução, poderá, porém, ser prejudicial ao condenado para atender aos interesses da defesa social. Com o fim de dotar de força coativa o cumprimento da pena restritiva de direitos, o art. 45 do CP e o art. 181 da LEP prevêm a conversão obrigatória desta em pena privativa de liberdade quando:

I. sobrevier condenação, por outro crime, à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa;

II. ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

Na primeira hipótese, o sentenciado que está cumprindo a pena restritiva de direitos é condenado por outro crime à pena privativa de liberdade, não sendo agraciado com o sursis. Evidentemente torna-se 'no caso' impraticável ou inócua a execução das penas restritivas de direitos. Ademais, a nova condenação demonstra que a pena restritiva de direito é insuficiente com relação ao condenado, devendo ele cumprir as penas privativas de liberdade impostas.

Na segunda hipótese, o sentenciado descumpre injustificadamente qualquer das restrições impostas pelas penas alternativas, passando a descontar a pena privativa de liberdade aplicada na sentença.

Havendo a conversão, favorável ou não ao sentenciado, conta-se na duração da pena convertida o prazo referente ao cumprimento da imposta originalmente. Não se trata, propriamente, de detração penal, que se refere à contagem do prazo da prisão anterior à execução, mas de tal execução da pena imposta que, por qualquer das razões acima referidas, é convertida em outra. Quando a pena for cumprida irregular ou parcialmente deve o juiz, por equidade, efetuar o desconto pelo dias em que realmente o condenado prestou seus serviços.

A MULTA

CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A pena de multa, largamente empregada no direito penal contemporâneo, originou-se da composição do direito germânico. Aponta-se como maior vantagem da pena pecuniária, em confronto com a pena privativa de liberdade, não ser levado o criminoso à prisão por prazo de curta duração, privando-o do convívio com a família e de suas ocupações, mesmo porque não seria suficiente para a recuperação do sentenciado e apenas o corromperia e o aviltaria. Assinala-se também, que a pena de multa não acarreta despesas ao Estado e que é útil no contra impulso ao crime nas hipóteses de crimes praticados por cupidez, já que ele atinge o núcleo da motivação do ato criminoso.

A pena de multa consiste, nos termos da lei nova, no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, sendo, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos dias-multa (art. 49). Pretendeu-se a revalorização das quantias estabelecidas na legislação anterior, adotando-se o novo critério em parâmetros fixados pela própria lei e sujeita à correção monetária no ato da execução.

O valor do dia multa é calculado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (art. 49, § 1º). Isso significa que um dia multa nunca poderá ser inferior à remuneração devida por um dia de trabalho de acordo com o maior salário mínimo vigente ao tempo do fato, nem superior ao quádruplo da remuneração por um mês de trabalho tendo em vista ainda o mesmo salário.

A pena de multa não pode ser inferior a dez dias multa, ou seja, à remuneração devida por dez dias de trabalho com base no salário mínimo, nem superior a trezentos e sessenta dias multa, quer dizer, à remuneração devida por esses dias de trabalho com base no quádruplo do referido salário (art. 49,

caput, 2ª parte). Concedeu-se ao juiz, assim, a faculdade de fixar a pena de dias multa de um terço do salário mínimo a um teto de 1800 salários mensais.

O salário a ser considerado é aquele vigente ao tempo do crime.

Dispõe, porém, o artigo 49, § 2º, que o valor da multa será atualizado pelos índices da correção monetária. A correção monetária não modifica o valor da multa. Apenas atualiza a sua expressão monetária.

COMINAÇÃO E APLICAÇÃO

A multa pode ser uma sanção principal (ou comum) quando cominada abstratamente como sanção específica a um tipo penal, alternativa ou cumulativamente com a pena privativa de liberdade. Foram canceladas, na parte especial do CP e nas leis especiais alcançadas pelo artigo 12 do CP, quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão multa de por multa (art. 2º da Lei nº 7209/84). Por essa razão, a multa, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites fixados no art. 49 e seus parágrafos do CP (art. 58). Isso significa que, qualquer que seja o crime, poderá o juiz fixar os parâmetros fixados nos referidos dispositivos ao aplicar concretamente a pena de multa.

A multa poderá ser imposta também como pena substitutiva, independentemente de cominação na parte especial, quando for aplicada pena privativa de liberdade não superior a seis meses e o sentenciado preencher os demais requisitos exigidos na lei.

A pena em dias-multa deve ser fixada, segundo prudente arbítrio do juiz, que não pode desprezar os parâmetros fixados em lei. Na sua fixação, o juiz deve entender, principalmente, a situação econômica do réu (art. 60). Serão fixados, portanto, principalmente de acordo com a situação de seu patrimônio, rendas, meios de subsistência, nível de gastos e outros elementos que o juiz considere adequados. Deverá, assim, ser considerada a situação econômica global do condenado, sem que o juiz tenha de atender ao seu padrão de salário, quando se tratar de assalariado. É claro que, se o condenado viver exclusivamente do produto de seu salário, o dia multa não poderá ser inferior à sua renda diária.

O valor de cada dia multa deve ser fixado levando-se em conta exclusivamente a situação econômica do réu, como a justa retribuição pelo crime diante das condições pessoais do seu autor.

Na hipóteses de substituição, não exige a lei equivalência quantitativa entre a pena de multa substitutiva e a pena privativa de liberdade substituída, ao contrário do que ocorre com as penas restritivas de direitos. A sua fixação é regida por critérios próprios.

Como o dia multa é apenas a unidade de medida da pena pecuniária, no momento da determinação de seu número não se cuida de valores monetários, o que só terá feito na fixação do valor do dia multa. Portanto, nada impede que, face a aplicação de causas de aumento ou diminuição, o quantum final de dias multa seja fixado de forma fracionada. Somente quando da fixação do valor monetário final é que se deve desprezar as frações de cruzeiros (art. 11).

PAGAMENTO DA MULTA

Deve a multa ser paga dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença condenatória. “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.” Pela mesma lei foram revogados os §§ 1º e 2º, do art. 51 do CP e o art. 182 da LEP (art. 3º). Assim a multa aplicada em sentença condenatória transitada em julgado, tenha sido aplicada isoladamente ou cumulativamente com outra

pena, perde o caráter de sanção penal, transformando-se em mera dívida de valor, com todas as consequências desta.

A exclusão tácita da responsabilidade de conversão da pena de multa em detenção efetuada com a nova redação dado ao art. 52 do CP, por dar tratamento mais benigno ao condenado, detém retroatividade (art. 2º, parágrafo único, do CP), devendo ser aplicada aos fatos anteriores à vigência da Lei nº 9268. Deve cessar inclusive a execução da pena de detenção em eu foi convertida a multa por decisão anterior à vigência da lei nova.

É suspensa a execução da pena de multa se sobrevém ao condenado doença mental (art. 52 e 167 da LEP). Assim como ao inimputável não se aplica pena (detentiva ou pecuniária), toda vez que depois do trânsito em julgado da sentença o condenado vier a padecer de doença mental, não será possível a execução da pena privativa de liberdade ou de multa. Na primeira hipótese, o agente deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado (art. 41 do CP) ou o juiz poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança (art. 183 da LEP). Na segunda, como se anotou, é suspensa a execução.

IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA MULTA

Quanto à possibilidade de o condenado pagar ou não a multa deve-se estabelecer a distinção, para os efeitos penais, em solvente e insolvente. Insolvente é o condenado que não pode efetuar o pagamento da multa, mesmo em prestações, sem prejuízo dos recursos indispensáveis à manutenção e à família, tanto que o desconto permitido em lei não deve incidir sobre eles (art. 50, § 2º). É relativamente solvente o condenado que não pode efetuar o pagamento da multa de uma vez, mas auferir remuneração, vencimento ou salário, em valor total que permita o desconto, sem prejuízo da manutenção própria e da família. A solvência do condenado não é, porém, presumível, devendo existir prova nos autos dessa situação para que possa admiti-la como verdadeira.

APLICAÇÃO DA PENA

CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME

Circunstâncias são dados subjetivos ou objetivos que fazem parte do fato natural, agravando ou diminuindo a gravidade do crime sem modificar-lhe a essência.

Dividem-se as circunstâncias em judiciais e legais. As primeiras são mencionadas no art. 59 e devem ser consideradas na fixação inicial da pena a ser imposta a agente de qualquer delito./ as legais podem ser genéricas, quando previstas na parte geral do CP (agravantes, atenuantes e causas gerais de aumento ou diminuição da pena) ou especiais (ou específicas), constantes da parte especial (qualificadores e causas especiais de aumento ou diminuição da pena).

As circunstâncias podem ser subjetivas (ou pessoais), ou objetivas (ou reais). As subjetivas relacionam-se como sujeito ativo do crime, estando entre elas os antecedentes, a personalidade, os motivos do crime, o estado psíquico do agente etc. as circunstâncias objetivas dizem respeito a todas aquelas que não se relacionam diretamente com a pessoa do agente, podendo referir-se ao meio utilizado para a prática do crime, às consequências do delito, à pessoa da vítima, ao concurso de pessoas, à ocasião do fato, etc.

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Trata o art. 59 das chamadas circunstâncias judiciais, que fornecem ao julgador os critérios necessários à fixação de um “pena base” entre os limites da sanção fixados abstratamente na lei penal.

O dispositivo denuncia os fins da pena, determinando que seja ela estabelecida conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, sendo a culpa do agente a base fundamental para a individualização da sanção a ser aplicada.

Nos termos do dispositivo em estudo, o juiz deve levar em conta, de um lado, culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, e a personalidade do agente, e, de outro, as circunstâncias referentes ao contexto do próprio fato criminoso, como os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima. Diante desses elementos, que reproduzem a biografia moral do condenado de um lado, e as particularidades que envolvem o fato criminoso de outro, o juiz deve escolher a modalidade e a quantidade da sanção cabível, segundo o que lhe parecer necessário e suficiente para atender os fins da pena.

Menciona-se no art. 59, em primeiro lugar, a culpabilidade do agente, tida na reforma penal como fundamento e a medida da responsabilidade penal. Substituiu-se na lei as expressões “intensidade do dolo” e “grau de culpa, com a justificativa de que “graduável é a censura cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade de pena”.

Deve o julgador observar, também, os antecedentes (bons ou maus) do agente. Verifica-se a vida pregressiva do réu, com base no que constar do inquérito policial (art. 6º, inc. VIII e IX, do CPP) e nos demais dados colhidos durante a instrução do processo, apurando-se se já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico.

Refere-se ainda a lei à conduta social do agente, ou seja, à sua situação nos diversos papéis desempenhados junto à comunidade, tais como suas atividades relativas ao trabalho, à vida familiar etc.

Quanto à personalidade, registram-se qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos e seu temperamento.

Destacam-se no art. 59 também as circunstâncias referentes ao contexto do lado criminoso.

Os motivos do crime, ressaltados na pregação positiva, realçam a necessidade de efetuar-se um perfil psíquico do delinqüente e da causação do crime para uma correta imposição de pena. O crime deve ser punido em razão de motivos, que podem levar a uma substancial alteração da pena, aproximando-se do mínimo quando derivam de sentimentos de nobreza moral ou elevando-se quando indicam um substrato anti social. Há diferença sensível entre uma agressão praticada para salvaguardar a honra de uma filha e aquela derivada de sentimentos de inveja. É menos censurável o crime praticado em decorrência do amor, da honra, da fé, do patriotismo, da piedade, do que os cometidos por ódio, vingança, cupidez, libidinagem, malevolência etc. nesses termos, segundo os positivistas, devem ser consideradas as paixões sociais anti-sociais.

A referência às circunstâncias e conseqüências do crime é de caráter geral, incluindo-se nelas as de caráter objetivo ou subjetivo não inscritas em dispositivos específicos. As primeiras podem referir-se à duração do tempo de delito, que pode demonstrar maior determinação do criminoso; ao local do crime, indicador, por vezes, de maior periculosidade do agente; à atitude durante ou após a conduta criminosa (insensibilidade e indiferença ou arrependimento) etc. as demais referem-se à gravidade maior ou menor do dano causado pelo crime, inclusive aquelas derivadas indiretamente do delito. Maiores conseqüências existem, por exemplo, na cegueira ou paralisia da vítima no crime de lesões corporais, na penúria da família atingida pelo homicídio do *paterfamilias*, no extraordinário desfalque patrimonial produzido pelo roubo etc.

Por fim, inovou a lei ao fixar como uma das circunstâncias judiciais o comportamento da vítima, “erigido, muitas vezes, em favor criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à

conduta criminosa como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes”.

CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES

Agravam sempre a pena, quando não constituem ou qualificam o delito, as circunstâncias referidas nos artigos 61 e 62 do CP. É evidente que uma circunstância elementar (elemento) ou qualificadora, que faz parte da estrutura do tipo básico ou qualificado, não pode, ao mesmo tempo, torná-lo mais grave, como reconhecimento dessa circunstância coo agravante genérica da pena, o que é vedado pelo princípio *non dis in idem*.

A reincidência é a primeira circunstância agravante prevista no artigo 61 (inciso I).

O inciso II do dispositivo em estudo refere-se às várias circunstâncias que, envolvendo o fato criminoso, tornam-no mais grave e, em conseqüência, implicam fixação de pena maior daquela que seria aplicada se não existissem. Tais agravantes aplicam-se, porém, apenas aos crimes dolosos, já que apenas quando conhecidas e aceitas pelo agente podem ser tidas como índices de maior culpabilidade a exigir censura mais grave do agente.

A letra a do citado inciso registra como circunstância agravante o motivo fútil ou torpe. Fútil é o motivo de somenos, destituído de importância, que incide uma desproporção exagerada com relação ao delito praticado. É o motivo insignificante, mesquinho, constituindo-se muitas vezes um pretexto gratuito e inadequado.

Torpe é o motivo abjeto, indigno, imoral, que suscita repugnância e é próprio de personalidades profundamente anti-sociais.

É agravante, também, a circunstância de ter sido o delito praticado para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem do outro crime (letra b). existe ela penas quando da ocorrência de outro delito que pode ser anterior, concomitante ou posterior àquele em que a circunstância deve ser reconhecida.

Na letra c estão inscritos vários modos insidiosos de cometer o ilícito. A traição ocorre no ataque inesperado à vítima e prende-se à quebra de confiança com que o agente surpreende mais facilmente o ofendido.

Na emboscada, o criminoso espera oculto para a prática do delito, surpreendendo, assim, a vítima

A dissimulação resume-se no encobrimento do intuito criminoso, no disfarce com que o sujeito ativo procura impedir a reação da vítima para apanhá-la desprevenida.

A surpresa, não mencionada expressamente na lei, é figura que se aproxima da traição, da emboscada, e da simulação; é não ter a pessoa ofendida razões, próximas ou remotas, para esperar o procedimento do agressor ou mesmo suspeitá-lo.

Vários meios utilizados na prática de crimes podem, eventualmente, constituir-se em agravantes, tal como prevê a letra d, do art. 61, inciso II. O veneno (dificulta a defesa do ofendido). Quem utiliza fogo ou explosivo na prática de crime demonstra sua grande periculosidade ou malvadez.

Com a tortura inflige-se à vítima um mal ou sofrimento maior, às vezes desnecessário para a prática do crime, denotando-se o sadismo, a insensibilidade e a crueldade do agente.

Em fórmula genérica, a lei menciona também outros meios insidiosos, cruéis ou de que podem resultar perigo comum. Os meios insidiosos são os que atingem a vítima subrepticamente, através de um estratagema, etc. meios cruéis são os que causam maiores padecimentos à vítima e meios de que podem resultar perigo comum são os que eventualmente causam desabamento, inundação desastre etc.

As agravantes relacionadas à letra e derivam das relações de parentesco e casamento, revelando a maior insensibilidade do agente em atingir pessoas a ele ligadas por laços que exigiram maior

proteção, estima e afetividade. Existe a agravante no crime praticado contra cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmão. Estão incluídas as pessoas ligadas por parentesco decorrente de consangüinidade e de adoção.

Na alínea seguinte (letra f) estão incluídas situações diversas mas relacionadas, referindo-se a lei ao abuso de autoridade e às relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade.

As relações domésticas são as existentes entre membros da família, entre empregadores e empregados que trabalham em residências etc.

As relações de coabitação abrangem parentes ou não que convivem sob o mesmo teto.

Por fim as relações de hospitalidade são definidas pela coabitação por prazo diminuto e referem-se ao crime praticado pelo hóspede contra o hospedeiro ou vice versa.

Na alínea g, com a exasperação da pena a lei dá maior proteção às pessoas que estão submetidas ao agente por uma parcela de mando ou quando existe entre elas uma relação de confiança profissional.

É agravada a pena ainda ao crime praticado contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida, nos termos do artigo 61, II, h.

Criança é o ser humano de pouca idade, não estabelecendo na lei o limite máximo de idade para a exclusão da agravante. Por força do ECA, em princípio deve ser considerada como criança a vítima que não completou 12 anos de idade. Ao referir-se ao velho, a lei não estabelece o limite cronológico.

Enfermo é palavra que deve ser interpretada de forma ampla, incluindo não só os que padecem de uma moléstia física ou mental, e que por isso não exerçam determinada função ou a exercem com deficiência, como também os deficientes físicos (paraplégicos, cegos etc.).

Também é agravada a pena do crime quando a ofendida é mulher grávida, que tem menos condições de resistir ao ilícito. É indispensável que o agente tenha consciência a respeito da gravidez.

Há também agravante no crime cometido por ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou de desgraça particular do ofendido (letra j). São hipóteses em que, não causada pelo agente, este se aproveita da situação para cometer o delito, valendo-se das facilidades que dela decorrem.

Por fim, determina a lei a agravação no caso de o crime ter sido praticado pelo agente em estado de embriaguez preordenada (letra l). O agente, na hipótese, embriaga-se deliberadamente para criar condições psíquicas favoráveis ao crime, animando-se de coragem ou sufocando os resíduos de resistência ao impulso criminoso, ou para acobertar-se com uma atenuante ou dirimente. Trata-se de hipótese de *actio libera in causa*, que indica a maior periculosidade do agente.

REINCIDÊNCIA

A agravante de reincidência, prevista no art. 61, inciso I, é contestada por alguns doutrinadores que vêem na hipótese um *bis in idem*, ou seja, um agravamento da pena de um crime pela ocorrência de um crime anterior já reprimido por uma sanção penal. Entretanto, a exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido, anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-la ou recuperá-lo.

De acordo com a doutrina, duas são as espécies de reincidência: a real, que ocorre apenas quando o agente cumpriu a pena correspondente ao crime anterior, e a ficta, que existe com a simples condenação anterior. Foi esta a dotada pela nossa legislação. Assim para que ocorra a reincidência, é necessário que já tenha transitado em julgado uma sentença condenatória contra ele proferida no País ou no estrangeiro por outro crime. (crime antecedente).

Não se caracteriza a reincidência, assim, se na ocasião da prática do novo crime estiver pendente de julgamento qualquer recurso sobre o delito anterior, inclusive o extraordinário.

São os mais variados os efeitos da reincidência:

- a) agrava a pena (art. 63);
- b) prepondera essa circunstância na fixação da pena (art. 67);
- c) impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa (arts 44, inciso II, e 60, § 2º);
- d) impede a concessão do *sursis* quando se tratar de crimes dolosos (art. 77, inciso I);
- e) impede que se inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto (a não ser quando se tratar de detenção) ou aberto (art. 33, § 2º, b e c);
- f) aumenta o prazo para a concessão do livramento condicional (art. 83, inciso II);
- g) aumenta o prazo para a prescrição executória (art. 110, última parte)
- h) interrompe a prazo da prescrição (art. 17, inciso VI);
- i) revoga o *sursis*, obrigatoriamente em caso de condenação por crime doloso art. 81, inciso I) e facultativamente na hipótese de crime culposos ou contravenção (art. 81, § 1º);
- j) revoga o livramento condicional, obrigatoriamente em caso de condenação a pena privativa de liberdade (art. 86) e facultativamente na hipótese de crime ou contravenção quando aplicada pena que não seja privativa de liberdade (art. 87);
- k) revoga a reabilitação quando o agente for condenado a pena que não seja de multa (art. 95);
- l) impede o reconhecimento de causas de diminuição de pena (arts 155, § 2º. 171, § 1º etc.).
- m) agrava a pena na condenação por porte ilegal de arma (art. 19, § 1º, da LCP);
- n) possibilita o reconhecimento da infração penal prevista no artigo 25 da LCP;
- o) impede a liberdade provisória para apelar (art. 594 do CPP);
- p) impede a prestação de fiança em caso de condenação por crime doloso (art. 323, inciso III, do CPP); etc.

AGRAVANTES NO CONCURSO DE AGENTES

A pena ainda é agravada em crime praticado em concurso de agentes desde que ocorra alguma das circunstâncias referidas no art. 62. Cabe a exacerbação da pena, em primeiro lugar, àquele que "promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes". Trata-se de punir mais severamente o organizador, o chefe, o líder, o cabeça pensante do delito, mais perigoso por ter tomado iniciativa do fato e coordenado a atividade criminosa..

Ocorre também a agravante no caso daquele que coage ou induz outrem à execução material do crime (inciso II). Induzir significa criar a idéia em nutrem da prática do crime.

Também será mais severamente apenado aquele que instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal (inc. III).

Por fim haverá a agravante nos casos em que o agente executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (inc. IV).

CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

Prevê o art. 65 quais as circunstâncias do crime que devem atenuar a pena, ou seja, os dados objetivos que, por seu aspecto positivo, levam à diminuição da reprimenda. Em todas as hipóteses previstas no dispositivo a redução é obrigatória. Ao contrário das causas de diminuição da pena, porém,

não se permite, como reconhecimento das atenuantes, a redução da pena abaixo do mínimo previsto na lei.

A primeira atenuante mencionada na lei é a de ser o agente menos de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos na data da sentença (inc. I). as razões que levam à diminuição da pena são a imaturidade do agente, que não completou ainda o seu desenvolvimento mental e moral e a decadência ou degenerescência provocada pela senilidade, em que o raciocínio é mais lento, a memória mais fraca, o índice de sugestionabilidade e desconfiança maior, sendo menor a periculosidade.

Tornou-se expresse na nova lei que a época para se medir a idade para o efeito da atenuante é, com relação ao menor de 21 anos, a data do fato e, quanto ao maior de 70. A data da sentença.

Não perdem o direito à diminuição da pena os menores de 21 anos casados ou por outra forma emancipados. A menoridade que consta é a penal e não civil.

Ao chamado réu menor e ao que consta mais de 70 anos, além da atenuante, é concedido o benefício de reduzir-se pela metade os prazos da prescrição (art. 115). Ao primeiro também se dá a garantia de ser interrogado na presença de curador (art. 194 do CPP), e, ao segundo, a concessão do *sursis* quando condenado à pena não superior a quatro anos (art. 77, § 2º).

Também é circunstância atenuante desconhecimento da lei (art. 65, inc. III).

Configura-se também uma atenuante no crime cometido por motivo de relevante valor social ou moral (art. 65, inc. III, a).

É também circunstância atenuante ter o agente procurado por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (art. 65, III, b). são casos de arrependimento ativo do agente que, espontaneamente e com resultados apreciáveis, diminui os efeitos do crime ou repara o dano causado pelo delito.

No art. 65, inc. III, letra c, são previstas três hipóteses de circunstâncias atenuantes. A primeira delas refere-se à coação resistível. Enquanto a coação irresistível é causa de exclusão de culpabilidade, aquela a que o agente podia resistir somente atenua a pena. A segunda hipóteses é a do crime cometido em cumprimento de ordem de autoridade superior. A terceira é a de ter sido o crime cometido sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

Atenua a pena, também, ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, d). beneficia-se como estímulo à verdade processual o agente que confessa espontaneamente o crime. Embora a confissão seja cindível, a existência da atenuante depende não da mera conduta objetiva, mas de um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento etc.

Há também uma circunstância atenuante no ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (art. 65, III, e).

Prevê o art. 66 que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior, ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. É uma circunstância inominada, facultativa e de conteúdo variável, que permitirá ao juiz considerar aspectos do fato não previstos expressamente.

FIXAÇÃO DA PENA

É norma constitucional, no Direito brasileiro, que a lei regulará a individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF). A individualização é uma das chamadas garantias criminais repressivas, constituindo postulado básico de justiça.

Quanto ao momento judicial deve ser a pena fixada inicialmente entre os limites mínimo e máximo estabelecidos para o ilícito penal. Nos termos do art. 59, o julgador, atendendo à circunstâncias judiciais, deve não só determinar a pena aplicável entre as cominadas alternativamente (reclusão ou

detenção, reclusão ou multa, detenção ou multa), como também fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da sanção (incisos I e II).

Existem ainda, porém, as circunstâncias agravantes e atenuantes e as causas de aumento ou diminuição da pena, gerais ou especiais (circunstâncias legais), que devem ser consideradas na aplicação final da reprimenda.

Determina a lei o cálculo da pena em três etapas: "a pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último as causas de diminuição e de aumento" (art. 68, caput). Dessa forma o juiz deverá fixar a pena base tendo em vista apenas as circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes etc.). em seguida levará em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes, aumentando ou diminuindo a pena em quantidade que fica a seu prudente arbítrio e dando ênfase às circunstâncias preponderantes. Por fim, sobre esse último resultado, aplicará os aumentos e diminuições previstos nas causas gerais e especiais nas proporções previstas nos respectivos dispositivos legais, inclusive a redução referente à tentativa, quando for o caso.

Não havendo circunstância agravante ou atenuante, nem causa de aumento ou diminuição, a pena base tornar-se-á definitiva.

Uma característica fundamental das circunstâncias judiciais atenuantes e agravantes é a de não poder servir para a transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente cominada. Assim, a presença de atenuantes não pode levar a aplicação abaixo do mínimo, nem a de agravantes a acima do máximo.

Na fixação da pena de multa, além de todas as demais circunstâncias, o juiz deve atender, quanto ao valor do dia multa, exclusivamente, a situação econômica do réu, aumentando a sanção até o triplo se considerar que, em virtude dela, no seu total a pena é ineficaz, embora aplicada no máximo.

Ao fixar a pena privativa de liberdade e torná-la definitiva, o juiz deve também estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, como o preceitua o art. 59, inc. III. A omissão da sentença não impede que o condenado seja destinado ao regime mais gravoso, obrigatório por lei. Entretanto, quando o juiz se omite quanto ao regime inicial em que há possibilidades de regimes diversos, são cabíveis os embargos de declaração pela acusação. Não interpostos estes, tem o condenado o direito ao regime menos severo entre os possíveis para a hipótese, não se podendo transferir a decisão para o juiz da execução por falta de competência para a espécie.

Por fim, deve o juiz verificar, obrigatoriamente, se, aplicada a pena privativa de liberdade, não é caso de substituí-la por uma das penas substitutivas (art. 59, IV), obedecendo aos limites e requisitos indispensáveis a essa substituição.

CONCURSO DE CRIMES

SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA PENA

É possível que, em uma mesma oportunidade ou em ocasiões diversas, uma mesma pessoa cometa duas ou mais infrações penais que, de algum modo, estejam ligadas por circunstâncias várias. Quando isso ocorre, estamos diante do chamado concurso de crimes (*concursum delictorum*), que dá origem ao concurso de penas. Não se confunde essa hipótese com a reincidência, circunstância agravante que ocorre quando o agente, após ter sido condenado irrecorrivelmente por um crime, vem a cometer outro delito.

São vários os sistemas teóricos preconizados pela doutrina para a aplicação da pena nas várias formas de concurso de crimes. O primeiro é o cúmulo material, em que se recomenda a soma das penas de cada um dos delitos componentes do concurso

O segundo é o sistema do cúmulo jurídico, pelo qual a pena a ser aplicada deve ser mais grave do que a cominada para cada um dos delitos sem se chegar à soma delas.

Pelo terceiro sistema, da absorção, só deve ser aplicada a pena do mais grave delito, desprezando-se os demais.

Por fim, há o sistema da exasperação, segundo o qual deve ser aplicada a pena do delito mais grave, entre os concorrentes, aumentada a sanção de certa quantidade em decorrência dos demais crimes.

CONCURSO MATERIAL

Ocorrendo duas ou mais condutas e dois ou mais resultados, causados pelo mesmo autor, caracteriza-se o concurso material. Determina o art. 69, caput: "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 ocorrido". A pena final a ser imposta é a soma das que devem ser aplicadas a cada delito isoladamente, adotado que foi, nesse tipo de concurso, o sistema de cúmulo material.

O concurso material pode ser homogêneo, quando se trata de crimes idênticos (vários homicídios por exemplo), ou heterogêneo, não importando se os fatos ocorreram na mesma ocasião ou em dias diferentes.

CONCURSO FORMAL

Ocorre o concurso formal (ou ideal) quando o agente, praticando uma 'so conduta, comete dois ou mais crimes. Dispõe o art. 70: "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 a metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão for dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior".

Haverá concurso formal homogêneo quando o agente, por exemplo, atropela por imprudência dois pedestres causando-lhes a morte (homicídios culposos). Aplica-se a pena de um dos crimes, aumentada de um sexto até a metade. Existirá um concurso formal heterogêneo quando no atropelamento uma vítima morre (homicídio culposo) e outra fica apenas ferida (lesão corporal culposa). Aplica-se a pena do crime mais grave, também aumentada de um sexto até a metade. Adotou-se, nessa hipótese, de concurso formal próprio, o sistema da exasperação, e o juiz deverá levar em consideração, para fixar o aumento, principalmente, o número de vítimas da infração ou de resultados.

CRIME CONTINUADO

Prevê a lei no art. 71: "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços".

A respeito da natureza do crime continuado, existem várias teorias: a da unidade real, que considera serem as várias violações componentes de um único crime; a da ficção jurídica, em que se afirma derivar a unidade de uma criação legal para a imposição da pena quando, na realidade, existem vários delitos; e a teoria mista, pela qual não se cogita de unidade ou pluralidade de delitos, mas de um terceiro crime, que é o próprio concurso. Adotou a lei a teoria da ficção jurídica, determinando o

sistema da exasperação da pena ao crime continuado, que é, formalmente, a reunião de vários delitos praticados nas mesmas condições.

São vários os elementos ou requisitos do crime continuado. Em primeiro lugar é necessário que o mesmo sujeito pratique duas ou mais condutas. Existindo apenas uma ação, ainda que desdobrada em vários atos, haverá concurso formal.

Em segundo lugar, deve existir pluralidade de resultados, ou seja, crimes da mesma espécie. Delitos da mesma espécie, segundo alguns, são os previstos no mesmo dispositivo penal.

Por fim é indispensável que se reconheça o nexo da continuidade delitiva, apurado pelas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

Não se deve confundir o crime continuado com o habitual. Neste, há apenas uma conduta, composta de vários atos, inócuos penalmente, que, reunidos, constituem uma infração penal. Também não há que confundi-lo como o crime permanente, em que há apenas uma violação jurídica com resultado que se prolonga no tempo. Por fim, não há que reconhecer o crime continuado quando se tratar de habitualidade criminosa. O delinquente habitual faz do crime uma profissão e pode infringir a lei várias vezes do mesmo modo, mas não comete crime continuado com a reiteração das práticas delituosas.

Para o crime continuado foi adotado o sistema da exasperação, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticos (crime continuado homogêneo), ou o do mais grave, se da mesma espécie mas diversos (crime continuado heterogêneo), sempre aumentada de um sexto a dois terços. Para a dosagem do aumento, deve-se levar em conta, principalmente, o número de infrações praticadas pelo agente.

ERRA NA EXECUÇÃO

Por razões diversas, pode ocorrer que o agente cause resultado diverso do pretendido ao executar o crime, quer no que se relaciona com a vítima, quer no que se refere ao próprio dano produzido. Isso leva a lei a disciplinar a aplicação da pena nesses casos, denominados de *aberratio ictus* e *aberratio criminis*.

Nos termos do art. 73, ocorre *aberratio ictus* (erro na execução) quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, em vez de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa.

Pode ocorrer *aberratio ictus* numa justificativa, como por exemplo, no exercício da legítima defesa.

RESULTADO DIVERSO DO PRETENDIDO

Disciplina o art. 74, sob a rubrica "resultado diverso do pretendido", a *aberratio criminis*. Quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevêm resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos.

Caso ocorra também o resultado pretendido, aplica-se ao agente a regra do concurso formal próprio.

LIMITE DAS PENAS

Sendo uma pessoa condenada a longas penas privativas de liberdade por vários crimes, praticados em concurso ou não, não será ela obrigada a cumprir mais do que trinta anos. É o que determina o art. 75: "O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos." Transitadas em julgado as sentenças condenatórias e excedendo esse prazo total das penas impostas ao sentenciado, serão elas unificadas para atender a esse limite máximo (art. 75, § 1º).

Pode ocorrer que o sentenciado cometa novo crime após o início do cumprimento da pena unificada de trinta anos. Sobrevindo condenação por esse fato, nova unificação das penas será realizada, para tender o limite máximo. Não se computa para esse fim, porém, o período de pena cumprido até a data do crime (art. 75, § 2º).

A solução acolhida pelo legislador deixa praticamente impune o sujeito que, condenado a uma pena de trinta anos de reclusão, comete o novo crime logo no início do cumprimento dessa sanção.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

CONCEITO E NATUREZA

Entre as propostas para evitar-se o mal de encarceramento a que contou com o maior sucesso foi a da instituição da suspensão condicional da pena. Trata-se de dar-se um crédito de confiança ao criminoso, estimulando-o a que não volte a delinquir e, além disso, prevê-se uma medida profilática de saneamento, evitando-se que o indivíduo que resvalou para o crime fique no convívio de criminosos irrecuperáveis.

PRESSUPOSTOS

Para obter a suspensão condicional da pena deve o condenado preencher os pressupostos subjetivos e estarem presentes os requisitos objetivos previstos no artigo 77 do CP.

Requisitos objetivos para a concessão do sursis são a natureza e quantidade da pena (art. 77, caput) e o não cabimento da substituição por pena restritiva de direito (art. 77, inc. III).

Somente se concede o sursis à pena privativa de liberdade não superior a dois anos (art. 77, caput). Veda-se a suspensão da execução das penas de multa e restritivas de direitos (art. 80), sendo beneficiados os condenados à penas de reclusão, detenção e prisão simples (nas contravenções) até dois anos inclusive.

Inovação da lei vigente, porém, é a inclusão de exceção à regra geral, permitindo-se a concessão do sursis ao condenado à pena não superior a quatro anos quando é ele maior de 70 anos de idade - sursis etário (art. 77, § 2º).

Para a concessão do sursis, em caso de concurso de crimes, é de se levar em consideração a soma das penas aplicadas. Excedendo de dois anos as penas cumuladamente aplicadas, não pode o sentenciado ser beneficiado com a suspensão condicional da pena.

Nada impede que seja concedido o sursis ao condenado por crime hediondo ou equiparado que preencha os requisitos legais.

É necessário ainda que estejam preenchidos os pressupostos subjetivos previstos no art. 77, inc. I e II, ou seja:

- a) que o condenado não seja reincidente em crime doloso;
- b) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Também não mais se impede a concessão do sursis ao condenado reincidente em crime culposos, desde que, evidentemente, preenchidos estejam os demais requisitos previstos na lei. É possível o benefício, assim, se ambos os crimes (antecedente e posterior), ou um deles apenas, são culposos.

Nada impede que uma mesma pessoa possa obter por duas ou mais vezes a suspensão condicional da pena.

O segundo pressuposto subjetivo é a ausência de periculosidade do condenado que, nos termos da lei vigente, é deduzida pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias do crime (art. 77, inc, II).

Como a suspensão condicional da pena exige requisitos subjetivos a serem apurados pelo juiz, é inviável o seu deferimento pelo pedido de *habeas corpus*.

ESPÉCIES

O CP determina que, durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz (art. 78, caput). Ao mesmo tempo, porém, prevê o mesmo artigo, em seu § 1º, que deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48) pelo primeiro ano do prazo e, no § 2º, a possibilidade de ser substituída essa exigência por outras condições.

Nesses termos foram estabelecidas pela lei nova duas espécies de suspensão condicional da pena: o sursis simples, com prestação de serviços à comunidade ou limitação de final de semana, acrescido ou não de condições estabelecidas pelo juiz, e o sursis especial, menos rigoroso, em que não se exige o cumprimento dessa penas, mas outras condições legais, acrescidas ou não de condições judiciais.

O sursis simples implica verdadeira execução de sanção penal, já que o sentenciado deverá cumprir por um ano as reprimendas estabelecidas pelo art. 46 ou pelo art. 48.

O sursis simples é mais severo que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, já que a suspensão contém uma delas, a ser cumprida durante um ano, além das eventuais condições impostas pelo juiz.

Já com relação ao sursis especial é ele mais benigno que a substituição por pena restritiva de direito. Terá o sentenciado apenas que observar as condições estabelecidas pelo art. 78, § 2º:

- a) proibição de freqüentar determinados lugares;
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

CONDIÇÕES

A lei penal brasileira prevê um sistema em que, além das condições legais, mencionadas expressamente no texto, podem ser impostas outras, a critério do juiz, e que, por isso, são chamadas de condições judiciais.

Quanto ao sursis simples, as condições legais são:

- a) obrigatoriedade de, durante um ano, prestar o sentenciado serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana, penas substitutivas já examinadas (art. 78, § 1º);
- b) não ser condenado em sentença irrecorrível, por crime doloso (art. 81, inc. I);
- c) não frustrar, sendo solvente, a execução da pena de multa (art. 81, inc. II, primeira parte);
- d) efetuar, salvo motivo justificado, a reparação do dano (art. 81, inc. II, segunda parte);
- e) não ser condenado por crime culposo ou por contravenção à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 81, § 1º, segunda parte).

A suspensão condicional da pena é, perante a nova lei, medida tipicamente sancionatória, pelo que é obrigatória a imposição no sursis simples de uma das condições do art. 78, § 1º, do CP.

As condições judiciais do sursis são aquelas que podem ser impostas pelo juiz, embora não previstas expressamente do CP.

O não cumprimento de uma condição imposta pelo juiz é causa de revogação facultativa da suspensão condicional da pena (art. 81, § 1º).

Como o sursis constitui favor, não é obrigatória a sua aceitação, podendo ser renunciado por ocasião da audiência admonitória ou mesmo após ter entrado em vigor o prazo do benefício.

PERÍODO DE PROVAS E EFEITOS

A suspensão condicional de pena é concedida pelo prazo fixado pelo juiz, estabelecendo a lei um período de dois a quatro anos.

Para o sentenciado maior de 70 anos que for condenado a pena superior a dois e não excedente a quatro anos, porém, o prazo de período de prova será de quatro a seis anos (art. 77, §2º).

REVOGAÇÃO E CASSAÇÃO OBRIGATÓRIAS

A suspensão da pena é condicional e, assim, pode ser revogada se não forem obedecidas as condições, devendo o sentenciado cumprir integralmente a pena que lhe foi imposta. Existem causas de revogação obrigatória e de revogação facultativa do sursis. As primeiras têm como consequência ineludível a revogação do benefício, e as últimas devem ser consideradas e sopesadas pelo juiz, que poderá optar pela revogação, pela prorrogação do prazo ou por nenhuma delas.

A primeira causa de revogação obrigatória ocorre quando o beneficiário é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso (art. 81, inc. I).

A segunda causa ocorre quando o beneficiário frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação de dano (art. 81, inc. II).

Outra causa de revogação obrigatória do sursis ocorre quando o beneficiário descumpre a condição referente à prestação de serviços à comunidade ou à limitação de fim de semana, imposta apenas nos casos de sursis simples (art. 81, inc. III).

Há, também, duas causas de cassação do benefício. A primeira delas é não comparecer o réu, injustificadamente, à audiência admonitória, em que deve tomar ciência das condições que foram impostas pela sentença. O juiz tornará sem efeito a suspensão e a pena será executada imediatamente (art. 161 da LEP).

Determina por fim o artigo 706 do CPP que a suspensão ficará sem efeitos se, em virtude do recurso, for aumentada a pena de modo que exclua a concessão do benefício. A cassação, nessa hipótese, é consequência lógica do provimento do recurso da acusação.

REVOGAÇÃO FACULTATIVA

As causas de revogação facultativa da suspensão condicional da pena estão previstas no art. 81, § 1º.

Pode o sursis ser revogado, em primeiro lugar, se o sentenciado deixar de cumprir qualquer das condições impostas.

Em segundo lugar, a revogação também é permitida quando o sentenciado é irrecorrivelmente condenado, por crime culposos ou por contravenção, à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE PROVA E EXTINÇÃO DA PENA

Quando o agente está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo (art. 81, § 2º).

FIXAÇÃO DA PENA

É norma constitucional, no Direito brasileiro, que a lei regulará a individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF). A individualização é uma das chamadas garantias criminais repressivas, constituindo postulado básico de justiça.

Quanto ao momento judicial deve ser a pena fixada inicialmente entre os limites mínimo e máximo estabelecidos para o ilícito penal. Nos termos do art. 59, o julgador, atendendo à circunstâncias judiciais, deve não só determinar a pena aplicável entre as cominadas alternativamente (reclusão ou detenção, reclusão ou multa, detenção ou multa), como também fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da sanção (incisos I e II).

Existem ainda, porém, as circunstâncias agravantes e atenuantes e as causas de aumento ou diminuição da pena, gerais ou especiais (circunstâncias legais), que devem ser consideradas na aplicação final da reprimenda.

Determina a lei o cálculo da pena em três etapas: "a pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último as causas de diminuição e de aumento" (art. 68, caput). Dessa forma o juiz deverá fixar a pena base tendo em vista apenas as circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes etc.). em seguida levará em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes, aumentando ou diminuindo a pena em quantidade que fica a seu prudente arbítrio e dando ênfase às circunstâncias preponderantes. Por fim, sobre esse último resultado, aplicará os aumentos e diminuições previstos nas causas gerais e especiais nas proporções previstas nos respectivos dispositivos legais, inclusive a redução referente à tentativa, quando for o caso.

Não havendo circunstância agravante ou atenuante, nem causa de aumento ou diminuição, a pena base tornar-se-á definitiva.

Uma característica fundamental das circunstâncias judiciais atenuantes e agravantes é a de não poder servir para a transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente cominada. Assim, a presença de atenuantes não pode levar a aplicação abaixo do mínimo, nem a de agravantes a acima do máximo.

Na fixação da pena de multa, além de todas as demais circunstâncias, o juiz deve atender, quanto ao valor do dia multa, exclusivamente, a situação econômica do réu, aumentando a sanção até o triplo se considerar que, em virtude dela, no seu total a pena é ineficaz, embora aplicada no máximo.

Ao fixar a pena privativa de liberdade e torná-la definitiva, o juiz deve também estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, como o preceitua o art. 59, inc. III. A omissão da sentença não impede que o condenado seja destinado ao regime mais gravoso, obrigatório por lei. Entretanto, quando o juiz se omite quanto ao regime inicial em que há possibilidades de regimes diversos, são cabíveis os embargos de declaração pela acusação. Não interpostos estes, tem o condenado o direito ao regime menos severo entre os possíveis para a hipótese, não se podendo transferir a decisão para o juiz da execução por falta de competência para a espécie.

Por fim, deve o juiz verificar, obrigatoriamente, se, aplicada a pena privativa de liberdade, não é caso de substituí-la por uma das penas substitutivas (art. 59, IV), obedecendo aos limites e requisitos indispensáveis a essa substituição.

CONCURSO DE CRIMES

SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA PENA

É possível que, em uma mesma oportunidade ou em ocasiões diversas, uma mesma pessoa cometa duas ou mais infrações penais que, de algum modo, estejam ligadas por circunstâncias várias. Quando isso ocorre, estamos diante do chamado concurso de crimes (*concursum delictorum*), que dá origem ao concurso de penas. Não se confunde essa hipótese com a reincidência, circunstância agravante que ocorre quando o agente, após ter sido condenado irrecorrivelmente por um crime, vem a cometer outro delito.

São vários os sistemas teóricos preconizados pela doutrina para a aplicação da pena nas várias formas de concurso de crimes. O primeiro é o cúmulo material, em que se recomenda a soma das penas de cada um dos delitos componentes do concurso. Critica-se esse princípio por levar à imposição de uma penal total e desproporcionada.

O segundo é o sistema do cúmulo jurídico, pelo qual a pena a ser aplicada deve ser mais grave do que a cominada para cada um dos delitos sem se chegar à soma delas.

Pelo terceiro sistema, da absorção, só deve ser aplicada a pena do mais grave delito, desprezando-se os demais. Critica-se essa orientação, por deixar impune a prática de vários crimes.

Por fim, há o sistema da exasperação, segundo o qual deve ser aplicada a pena do delito mais grave, entre os concorrentes, aumentada a sanção de certa quantidade em decorrência dos demais crimes.

CONCURSO MATERIAL

Ocorrendo duas ou mais condutas e dois ou mais resultados, causados pelo mesmo autor, caracteriza-se o concurso material. Determina o art. 69, caput: "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 ocorrido". A pena final a ser imposta é a soma das que devem ser aplicadas a cada delito isoladamente, adotado que foi, nesse tipo de concurso, o sistema de cúmulo material.

O concurso material pode ser homogêneo, quando se trata de crimes idênticos (vários homicídios por exemplo), ou heterogêneo, não importando se os fatos ocorreram na mesma ocasião ou em dias diferentes.

Dispõe a lei que, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

CONCURSO FORMAL

Ocorre o concurso formal (ou ideal) quando o agente, praticando uma só conduta, comete dois ou mais crimes. Dispõe o art. 70: "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 a metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão for dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior".

Para fixar o conceito de unidade de ação, em sentido, jurídico, apontam-se dois fatores: o fator final, que é a vontade regendo uma pluralidade de atos físicos isolados; o fator normativo, que é a estrutura do tipo penal em cada caso particular. Quando com uma única ação se infringe várias vezes a mesma disposição ou várias disposições legais, ocorre o concurso formal.

Haverá concurso formal homogêneo quando o agente, por exemplo, atropela por imprudência dois pedestres causando-lhes a morte (homicídios culposos). Aplica-se a pena de um dos crimes, aumentada de um sexto até a metade. Existirá um concurso formal heterogêneo quando no atropelamento uma vítima morre (homicídio culposo) e outra fica apenas ferida (lesão corporal culposa). Aplica-se a pena do crime mais grave, também aumentada de um sexto até a metade. Adotou-se, nessa hipótese, de concurso formal próprio, o sistema da exasperação, e o juiz deverá levar em consideração, para fixar o aumento, principalmente, o número de vítimas da infração ou de resultados.

Haverá casos, entretanto, que a regra sobre a aplicação de pena não poderá ser aplicada por conduzir a um absurdo. "não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69" (art. 70 parágrafo único) - cúmulo material benéfico.

Nesse caso deve o juiz individualizar a pena de cada um dos delitos para, depois, fazer iniciar as regras do concurso formal se forem mais favoráveis ao acusado do que o cúmulo material das penas.

Prevê o art. 70, segunda parte, o chamado concurso material impróprio (ou imperfeito), referindo-se a uma só conduta dolosa em que o agente causa dois ou mais resultados com desígnios autônomos, ou seja, desejando vários resultados. Ocorrendo vários resultados, ou seja, vários crimes, resultantes da mesma conduta, as penas serão somadas. Enquanto no concurso formal próprio adotou-se o sistema da exasperação, pela unidade de desígnio, no concurso formal impróprio aplica-se o critério do cúmulo material diante da diversidade dos intuitos do agente.

CRIME CONTINUADO

Prevê a lei no art. 71: "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços".

A respeito da natureza do crime continuado, existem várias teorias: a da unidade real, que considera serem as várias violações componentes de um único crime; a da ficção jurídica, em que se afirma derivar a unidade de uma criação legal para a imposição da pena quando, na realidade, existem vários delitos; e a teoria mista, pela qual não se cogita de unidade ou pluralidade de delitos, mas de um terceiro crime, que é o próprio concurso. Adotou a lei a teoria da ficção jurídica, determinando o sistema da exasperação da pena ao crime continuado, que é, formalmente, a reunião de vários delitos praticados nas mesmas condições.

São vários os elementos ou requisitos do crime continuado. Em primeiro lugar é necessário que o mesmo sujeito pratique duas ou mais condutas. Existindo apenas uma ação, ainda que desdobrada em vários atos, haverá concurso formal.

Em segundo lugar, deve existir pluralidade de resultados, ou seja, crimes da mesma espécie. Delitos da mesma espécie, segundo alguns, são os previstos no mesmo dispositivo penal. Há continuação entre crimes que se assemelham em seus tipos fundamentais, por seus elementos subjetivos e objetivos, violadores também do mesmo interesse jurídico. Nada impede o reconhecimento da continuação entre as formas simples e qualificada de um ilícito, entre crimes tentados e consumados ou entre crimes culposos.

Por fim é indispensável que se reconheça o nexo da continuidade delitiva, apurado pelas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. O limite tolerado para o reconhecimento da continuidade é de o lapso temporal não ser superior a trinta dias. Quanto ao lugar, tem-se admitido inclusive a prática de crimes em cidades diversas, desde que integrados na mesma região sociogeográfica e com facilidade de acesso. Quanto à maneira de execução exige-se a presença

do mesmo *modus operandi*. Há necessidade de homogeneidade de circunstâncias objetivas, sem o que não se aperfeiçoa o crime continuado.

Em orientação mais ampla tribunais estaduais não têm excluído a possibilidade de continuação, ainda que os crimes atinjam exclusivamente bens personalíssimos de vítimas diversas.

Não se deve confundir o crime continuado com o habitual. Neste, há apenas uma conduta, composta de vários atos, inócuos penalmente, que, reunidos, constituem uma infração penal. Também não há que confundi-lo como o crime permanente, em que há apenas uma violação jurídica com resultado que se prolonga no tempo. Por fim, não há que reconhecer o crime continuado quando se tratar de habitualidade criminosa. O delinqüente habitual faz do crime uma profissão e pode infringir a lei várias vezes do mesmo modo, mas não comete crime continuado com a reiteração das práticas delituosas.

Para o crime continuado foi adotado o sistema da exasperação, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticos (crime continuado homogêneo), ou o do mais grave, se da mesma espécie mas diversos (crime continuado heterogêneo), sempre aumentada de um sexto a dois terços. Para a dosagem do aumento, deve-se levar em conta, principalmente, o número de infrações praticadas pelo agente.

ERRO NA EXECUÇÃO

Por razões diversas, pode ocorrer que o agente cause resultado diverso do pretendido ao executar o crime, quer no que se relaciona com a vítima, quer no que se refere ao próprio dano produzido. Isso leva a lei a disciplinar a aplicação da pena nesses casos, denominados de *aberratio ictus* e *aberratio criminis*.

Nos termos do art. 73, ocorre *aberratio ictus* (erro na execução) quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, em vez de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa: A atira em B, mas o projétil vai atingir C, que estava nas proximidades, matando-o. Nesse caso, o agente responde como se tivesse praticado o homicídio contra B, considerando-se as condições e qualidades da pessoa visada e não da vítima, como se tivesse ocorrido um erro sobre a pessoa; se a vítima era criança, mas a visada não, inexistirá a agravante. No caso de ser atingida também a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70, ou seja, do concurso formal.

Pode ocorrer *aberratio ictus* numa causa justificativa, como por exemplo, no exercício da legítima defesa. Não deixa a justificativa de ser admissível, se comprovada, uma vez que quem age em legítima defesa pratica ato lícito.

RESULTADO DIVERSO DO PRETENDIDO

Disciplina o art. 74, sob a rubrica "resultado diverso do pretendido", a *aberratio criminis*. Quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevêm resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos. A tenta quebrar uma vidraça, mas, por erro de pontaria, atinge C, causando-lhe lesão corporal culposa. Responderá o agente pelo crime de lesão culposa (art. 129, § 6º) e não por tentativa de dano. Caso ocorra o inverso, pretendendo o agente ferir uma pessoa e a pedra vindo a atingir a vidraça, não se punindo o dano culposos, dever-se-á reconhecer uma tentativa de delito de lesão corporal.

Caso ocorra também o resultado pretendido, aplica-se ao agente a regra do concurso formal próprio.

LIMITE DAS PENAS

Sendo uma pessoa condenada a longas penas privativas de liberdade por vários crimes, praticados em concurso ou não, não será ela obrigada a cumprir mais do que trinta anos. É o que

determina o art. 75: "O tempo de cumprimento da penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos." Transitadas em julgado as sentenças condenatórias e excedendo esse prazo total das penas impostas ao sentenciado, serão elas unificadas para atender a esse limite máximo (art. 75, § 1º).

Deve-se proceder à unificação logo de início do cumprimento da pena, mas devem ser incluídas todas as condenações anteriores, inclusive as decorrentes de crimes praticados após o encarceramento.

Na jurisprudência fixou-se o entendimento de que a unificação somente se refere à duração da pena.

Pode ocorrer que o sentenciado cometa novo crime após o início do cumprimento da pena unificada de trinta anos. Sobrevindo condenação por esse fato, nova unificação das penas será realizada, para tender o limite máximo. Não se computa para esse fim, porém, o período de pena cumprido até a data do crime (art. 75, § 2º).

A solução acolhida pelo legislador deixa praticamente impune o sujeito que, condenado a uma pena de trinta anos de reclusão, comete o novo crime logo no início do cumprimento dessa sanção.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

CONCEITO E NATUREZA

Entre as propostas para evitar-se o mal de encarceramento a que contou com o maior sucesso foi a da instituição da suspensão condicional da pena. Trata-se de dar-se um crédito de confiança ao criminoso, estimulando-o a que não volte a delinquir e, além disso, prevê-se uma medida profilática de saneamento, evitando-se que o indivíduo que resvalou para o crime fique no convívio de criminosos irrecuperáveis.

A lei 9099, de 26-09-95, permitiu, por proposta do Ministério Público, aceitação do acusado e decisão do juiz, a suspensão condicional do processo nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.

PRESSUPOSTOS

Para obter a suspensão condicional da pena deve o condenado preencher os pressupostos subjetivos e estarem presentes os requisitos objetivos previstos no artigo 77 do CP.

Requisitos objetivos para a concessão do sursis são a natureza e quantidade da pena (art. 77, caput) e o não cabimento da substituição por pena restritiva de direito (art. 77, inc. III).

Somente se concede o sursis à pena privativa de liberdade não superior a dois anos (art. 77, caput). Veda-se a suspensão da execução das penas de multa e restritivas de direitos (art. 80), sendo beneficiados os condenados à penas de reclusão, detenção e prisão simples (nas contravenções) até dois anos inclusive.

Inovação da lei vigente, porém, é a inclusão de exceção à regra geral, permitindo-se a concessão do sursis ao condenado à pena não superior a quatro anos quando é ele maior de 70 anos de idade - sursis etário (art. 77, § 2º).

Para a concessão do sursis, em caso de concurso de crimes, é de se levar em consideração a soma das penas aplicadas. Excedendo de dois anos as penas cumuladamente aplicadas, não pode o sentenciado ser beneficiado com a suspensão condicional da pena.

Nada impede que seja concedido o sursis ao condenado por crime hediondo ou equiparado que preencha os requisitos legais.

Antes da concessão do benefício deverá o juiz observar, também, se não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade aplicada pelas penas restritivas de direitos. A substituição é, em regra, medida mais benigna que a concessão do sursis.

É necessário ainda que estejam preenchidos os pressupostos subjetivos previstos no art. 77, inc. I e II, ou seja:

- c) que o condenado não seja reincidente em crime doloso;
- d) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Também não mais se impede a concessão do sursis ao condenado reincidente em crime culposos, desde que, evidentemente, preenchidos estejam os demais requisitos previstos na lei. É possível o benefício, assim, se ambos os crimes (antecedente e posterior), ou um deles apenas, são culposos.

Nada impede que uma mesma pessoa possa obter por duas ou mais vezes a suspensão condicional da pena.

O segundo pressuposto subjetivo é a ausência de periculosidade do condenado que, nos termos da lei vigente, é deduzida pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias do crime (art. 77, inc. II).

Como a suspensão condicional da pena exige requisitos subjetivos a serem apurados pelo juiz, é inviável o seu deferimento pelo pedido de *habeas corpus*.

ESPÉCIES

O CP determina que, durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz (art. 78, caput). Ao mesmo tempo, porém, prevê o mesmo artigo, em seu § 1º, que deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48) pelo primeiro ano do prazo e, no § 2º, a possibilidade de ser substituída essa exigência por outras condições.

Nesses termos foram estabelecidas pela lei nova duas espécies de suspensão condicional da pena: o sursis simples, com prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana, acrescido ou não de condições estabelecidas pelo juiz, e o sursis especial, menos rigoroso, em que não se exige o cumprimento dessas penas, mas outras condições legais, acrescidas ou não de condições judiciais.

O sursis simples implica verdadeira execução de sanção penal, já que o sentenciado deverá cumprir por um ano as reprimendas estabelecidas pelo art. 46 ou pelo art. 48.

O sursis simples é mais severo que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, já que a suspensão contém uma delas, a ser cumprida durante um ano, além das eventuais condições impostas pelo juiz.

Já com relação ao sursis especial é ele mais benigno que a substituição por pena restritiva de direito. Terá o sentenciado apenas que observar as condições estabelecidas pelo art. 78, § 2º:

- d) proibição de frequentar determinados lugares;
- e) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- f) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

CONDIÇÕES

A lei penal brasileira prevê um sistema em que, além das condições legais, mencionadas expressamente no texto, podem ser impostas outras, a critério do juiz, e que, por isso, são chamadas de condições judiciais.

Quanto ao sursis simples, as condições legais são:

- f) obrigatoriedade de, durante um ano, prestar o sentenciado serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana, penas substitutivas já examinadas (art. 78, § 1º);
- g) não ser condenado em sentença irrecorrível, por crime doloso (art. 81, inc. I);
- h) não frustrar, sendo solvente, a execução da pena de multa (art. 81, inc. II, primeira parte);
- i) efetuar, salvo motivo justificado, a reparação do dano (art. 81, inc. II, segunda parte);
- j) não ser condenado por crime culposo ou por contravenção à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 81, § 1º, segunda parte).

A suspensão condicional da pena é, perante a nova lei, medida tipicamente sancionatória, pelo que é obrigatória a imposição no sursis simples de uma das condições do art. 78, § 1º, do CP.

O não cumprimento de uma das condições legais acarretará, obrigatoriamente, a revogação do benefício, com exceção de última hipótese, em que a revogação é facultativa.

As condições judiciais do sursis são aquelas que podem ser impostas pelo juiz, embora não previstas expressamente do CP.

O não cumprimento de uma condição imposta pelo juiz é causa de revogação facultativa da suspensão condicional da pena (art. 81, § 1º).

Como o sursis constitui favor, não é obrigatória a sua aceitação, podendo ser renunciado por ocasião da audiência admonitória ou mesmo após ter entrado em vigor o prazo do benefício.

PERÍODO DE PROVAS E EFEITOS

A suspensão condicional de pena é concedida pelo prazo fixado pelo juiz, estabelecendo a lei um período de dois a quatro anos.

Para o sentenciado maior de 70 anos que for condenado a pena superior a dois e não excedente a quatro anos, porém, o prazo de período de prova será de quatro a seis anos (art. 77, §2º).

O período de prova deve ser fixado segundo a natureza do crime, a personalidade do agente e a intensidade da pena.

O prazo do sursi começa a correr da audiência de advertência, em que se dá conhecimento da sentença ao beneficiário.

REVOGAÇÃO E CASSAÇÃO OBRIGATÓRIAS

A suspensão da pena é condicional e, assim, pode ser revogada se não forem obedecidas as condições, devendo o sentenciado cumprir integralmente a pena que lhe foi imposta. Existem causas de revogação obrigatória e de revogação facultativa do sursis. As primeiras têm como consequência ineludível a revogação do benefício, e as últimas devem ser consideradas e sopesadas pelo juiz, que poderá optar pela revogação, pela prorrogação do prazo ou por nenhuma delas.

A primeira causa de revogação obrigatória ocorre quando o beneficiário é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso (art. 81, inc. I).

A segunda causa ocorre quando o beneficiário frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação de dano (art. 81, inc. II).

Outra causa de revogação obrigatória do sursis ocorre quando o beneficiário descumpre a condição referente à prestação de serviços à comunidade ou à limitação de fim de semana, imposta apenas nos casos de sursis simples (art. 81, inc. III).

Há, também, duas causas de cassação do benefício. A primeira delas é não comparecer o réu, injustificadamente, à audiência admonitória, em que deve tomar ciência das condições que foram

impostas pela sentença. O juiz tornará sem efeito a suspensão e a pena será executada imediatamente (art. 161 da LEP).

Determina por fim o artigo 706 do CPP que a suspensão ficará sem efeitos se, em virtude do recurso, for aumentada a pena de modo que exclua a concessão do benefício. A cassação, nessa hipótese, é consequência lógica do provimento do recurso da acusação.

REVOGAÇÃO FACULTATIVA

As causas de revogação facultativa da suspensão condicional da pena estão previstas no art. 81, § 1º.

Pode o sursis ser revogado, em primeiro lugar, se o sentenciado deixar de cumprir qualquer das condições impostas.

Em segundo lugar, a revogação também é permitida quando o sentenciado é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Tratando-se de causa de revogação facultativa, o juiz pode, em vez de decretá-la prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado (art. 81, § 3º).

PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE PROVA E EXTINÇÃO DA PENA

Quando o agente está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo (art. 81, § 2º). Para que se prorrogue o prazo do sursis, é necessário o início de nova ação penal.

Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade (art. 82).

LIVRAMENTO CONDICIONAL

CONCEITO

Considerando-se que um dos fins da sanção penal é a readaptação do criminoso, o sistema ideal deveria fundar-se na imposição de penas indeterminadas. Um dos institutos que se orienta para essa indeterminação, por meio da individualização executiva da pena, é o livramento condicional, última etapa do sistema penitenciário progressivo.

Nesse substituto penal, coloca-se de novo no convívio social o criminoso que já apresenta índice suficiente de regeneração, permitindo-se que complete o tempo da pena em liberdade, embora submetido a certas condições.

O livramento condicional é a concessão, pelo poder jurisdicional, da liberdade antecipada ao condenado, mediante a inexistência de pressupostos, e condicionada a determinadas exigências durante o restante da pena que deveria cumprir preso.

PRESSUPOSTOS OBJETIVOS

O primeiro pressuposto objetivo indispensável à concessão do livramento condicional diz respeito à natureza e à quantidade de pena imposta. O benefício só pode ser concedido ao condenado à pena privativa de liberdade e desde que seja ela por prazo igual ou superior a dois anos (art. 83 caput). Para a contagem desse tempo mínimo permite-se a soma das penas aplicadas por infrações diversas, ainda que impostas em processos distintos.

O segundo requisito objetivo é ter o sentenciado cumprido mais de um terço da pena, se não for reincidente em crime doloso, e mais da metade se o for. Tratando-se de crimes hediondos o livramento condicional só pode ser concedido cumprido mais de dois terços da pena, exigindo-se, ainda, que o agente não seja reincidente específico em crimes dessa natureza. A previsão dessa lei, de que o condenado por tais crimes deve cumprir "integralmente" a pena em regime fechado, não significa que não possa ele obter o livramento condicional mas, apenas, que não terá direito à progressão durante a execução da pena até a concessão do benefício.

Presentes os requisitos legais para a concessão do livramento condicional não se exige que o sentenciado tenha passado por todos os estágios da pena, ou seja, pelo regimes semi-abertos e aberto.

O último pressuposto objetivo é ter o sentenciado reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causando pela infração.

PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS

Prevê ainda a lei penal pressupostos subjetivos para a concessão do livramento condicional. O primeiro deles é ter o sentenciado "bons antecedentes". Deve-se entender por bons antecedentes: não ser criminoso habitual, não ter sofrido outras condenações; não ter sido envolvido em outros inquéritos policiais etc.

Como segundo requisito subjetivo, deve o sentenciado comprovar "comportamento satisfatório durante a execução da pena". Deflui da boa convivência do sentenciado com os companheiros de prisão, da aplicação no trabalho ou no estudo, do intercâmbio com a família, etc.

Exige-se, também, que se comprove ter o sentenciado bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído.

Como último requisito de ordem geral, deve o sentenciado comprovar "aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto".

"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".

CONCESSÕES E CONDIÇÕES

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos, o livramento condicional é concedido mediante requerimento do sentenciado, de seu cônjuge ou de parente em linha reta, ou por proposta do direitos do estabelecimento penal, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário.

Quando da concessão do livramento condicional, o juiz deve especificar as condições a que fica subordinado o benefício. Existem, porém, as condições legais obrigatórias, que, não cumpridas, podem ensejar a revogação do livramento. Entre elas está a de não ser o liberado condenado, por sentença irreversível, à pena privativa de liberdade, quer por crime cometido durante a vigência do benefício, quer por delito anterior, ou por crime ou contravenção a pena que não seja privativa de liberdade, esta última condição que, não obedecida, é causa facultativa de revogação.

Condições obrigatórias do livramento:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação;
- c) não mudar de território da Comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

Condições facultativas:

- a) não mudar de residência em comunicação ao juiz e à autoridade incumbida de observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não freqüentar determinados lugares.

As condições judiciais podem ser modificadas no transcorrer da execução.

REVOGAÇÃO OBRIGATÓRIA

Ficando sujeito às condições legais e judiciais durante o prazo que lhe falta para cumprir a pena, pode o benefício ser revogado se não forem elas observadas.

É causa de revogação obrigatória do livramento condicional a condenação à pena privativa de liberdade em sentença irrecorrível:

- I. por crime cometido durante a vigência do benefício;
- II. por crime anterior, observado o disposto no artigo 84.

Revogado o livramento pela condenação por crime cometido durante a vigência do benefício não se desconta da pena o tempo em que esteve solto o condenado. Se o livramento for revogado, porém, pela condenação por crime anterior à concessão do benefício, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova.

Não se pode revogar o livramento condicional se a nova infração cometida pelo liberado ocorreu após o prazo ainda que a extinção da pena não tenha sido declarada nos autos da execução.

REVOGAÇÃO FACULTATIVA

Prevê o artigo 87 duas causas de revogação facultativa do livramento condicional. A primeira ocorre se o liberado "deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença". Demonstra ele, nessa hipótese, que não está readaptado à vida social, não se submetendo às regras estabelecidas pelo juiz e que foram impostas por ocasião da concessão do benefício.

A segunda causa de revogação facultativa ocorre quando o beneficiário "é irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, à pena que não seja privativa de liberdade". A prática de nova infração penal, ainda que não grave, indica a ausência de recuperação e desaconselha a permanência do benefício.

RESTAURAÇÃO

Dispõe o art. 88 que, revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido. A regra, porém, não é absoluta, devendo-se harmonizar o referido dispositivo com o artigo 141 da LEP, que assim dispõe: "Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova, sendo permitida, para a concessão do novo livramento, a soma do tempo das suas penas".

Na hipótese de revogação por outro motivo (condenação por crime cometido durante o período de prova ou descumprimento das condições) não se concederá, para a mesma pena, novo livramento. Além disso, o condenado deverá cumprir integralmente o restante da pena, não se descontando o tempo em que esteve em liberdade.

PRORROGAÇÃO E EXTINÇÃO

Da mesma forma que no sursis, o prazo do livramento condicional será prorrogado enquanto não passar em julgado a sentença no processo a que responde o liberado por crime cometido durante a sua vigência. A prorrogação só vige para o efeito de aguardar-se a decisão final, não vigorando mais as condições legais ou judiciais do livramento.

Se até o seu término o livramento não é revogado, salvo as hipóteses anteriormente referida, considera-se extinta a pena privativa de liberdade. A extinção é declarada pelo juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do ministério Público ou mediante requerimento do Conselho Penitenciário.

EFEITOS DA CONDENAÇÃO

EFEITOS PENAIIS

CONDENAÇÃO

"condenação é o ato do juiz através do qual impõe uma sanção penal ao sujeito ativo de uma infração".

EFEITOS PENAIIS SECUNDÁRIOS

Além da imposição da pena ou da medida de segurança. A sentença penal condenatória acarreta os seguintes efeitos penais secundários:

- a) a revogação facultativa ou obrigatória do sursis anteriormente concedido;
- b) a revogação facultativa ou obrigatória do livramento condicional;
- c) a caracterização da reincidência pelo crime posterior;
- d) o aumento do prazo da prescrição da pretensão executória quando caracterizar a reincidência;
- e) a interrupção da prescrição da pretensão executória quando caracterizar a reincidência;
- f) a revogação da reabilitação, quando se tratar de reincidente;
- g) a possibilidade da arquição de exceção da verdade nas hipóteses de calúnia e difamação;
- h) o impedimento de benefícios vários;
- i) a fixação do pressuposto da reincidência com crime antecedente.
- j) A caracterização da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto, como circunstância elementar da infração;
- k) A inscrição do nome do condenado no rol dos culpados

EFEITOS EXTRAPENAIIS

ESPÉCIES

Entre os efeitos extrapenais da condenação estão os civis: a obrigação de indenizar o dano, o confisco, e a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela.

Como efeitos administrativos podem ocorrer a perda do cargo ou função pública e a inabilitação para dirigir veículo.

Efeito político da condenação é a perda do mandato eletivo.

Podem ocorrer, por fim, efeitos indiretos de caráter trabalhista.

REPARAÇÃO EX DELITO

O crime ofende um bem-interesse, acarretando uma lesão real ou potencial à vítima. Nos termos no art. 159 do CC, fica obrigado a reparar o dano.

Em consonância com o referido artigo, determina a lei penal que é efeito da condenação "tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime". Dispõe ainda a lei processual que, transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para efeito de reparação do dano, o ofendido, seu representante legal e seus herdeiros".

A sentença condenatória funciona como sentença meramente declaratória no tocante a indenização civil. Confere-se à sentença condenatória irrecorrível a natureza de título executório, e o interessado não será obrigado, no juízo cível, a comprovar a materialidade, a autoria e a ilicitude do fato, já assentes na esfera penal, para obter a reparação do dano causado pelo ilícito penal. Trata-se, evidentemente, de um título executório incompleto por depender de liquidação para a apuração do *quantum* devido. No juízo cível não poderá reabrir-se a questão sobre a responsabilidade civil pelo fato reconhecido como crime em sentença com trânsito em julgado. Discutir-se-á apenas o montante da indenização. A sentença em que se concede o perdão judicial é condenatória, valendo também como título executivo.

Transitada em julgado a sentença condenatória e morrendo o condenado, a execução civil será promovida contra seus herdeiros, nas forças da herança, em decorrência do princípio da responsabilidade civil.

Absolvido o condenado em revisão criminal, perde a sentença seu caráter de título executório ainda que já instaurada a execução civil. Isso porque o título foi desconstituído por decisão judicial.

Inexistindo sentença condenatória irrecorrível, a ação ordinária civil para reparação do dano poderá ser proposta contra o autor do crime, seu responsável civil ou seu herdeiro.

EFEITOS DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

Embora a responsabilidade civil seja independente da criminal, faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer Ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Dispõe também o CC que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, bem como a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente. Tais dispositivos significam que não mais se poderá discutir no juízo cível a existência no fato de uma causa excludente da antijuridicidade, vedando-se, inclusive, a possibilidade da propositura da ação quando se tratar de pedido de indenização pelo autor da agressão ou o causador do perigo que geraram a legítima defesa ou o estado de necessidade.

O autor do fato, porém, deverá indenizar o prejudicado quando não for este o culpado pelo perigo, na hipótese de reconhecimento em seu favor do estado de necessidade, ou o agressor, no caso de legítima defesa com *aberratio ictus ou aberratio criminis*. Tratando-se de estado de necessidade, caberá ação regressiva contra o terceiro causador do perigo e também contra aquele a favor de quem o agente atuou em estado de necessidade.

Faz também coisa julgada no cível a sentença absolutória quando reconhecida categoricamente a inexistência material do fato, *ex-vi* do art. 66 do CPP.

Não fazem coisa julgada, permitindo-se a propositura da ação civil, as seguintes decisões:

- I.o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;
- II.a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III.a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime, bem como o reconhecimento na sentença absolutória se nesta ficar declarado:

- a) não haver prova de existência do fato;
- b) não existir prova de Ter o Réu concorrido para a infração penal;
- c) existir circunstâncias que exclua o crime ou isente o Réu de pena; e
- d) não existir prova suficiente para a condenação

Nas absolvições proferidas em julgamento pelo Tribunal de Júri, quando negado o primeiro quesito, não se aplica o art. 66 do CPP, permitindo-se a propositura da ação civil. Isso porque a resposta negativa ao referido quesito não implica obrigatoriamente a conclusão de não ter existido o fato, pois pode derivar também do não reconhecimento da autoria, e esta questão pode ser discutida pelo juízo cível.

CONFISCO

É efeito civil da condenação, ainda, o confisco, ou seja, "a perda, em favor da União, ressaltando o direito do lesado ou de terceiro de boa fé:

- 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 (art. 91, inc. II)".

O confisco previsto pelo art. 91, II, do CP, é efeito automático da condenação.

O confisco como efeito da condenação, é o meio através do qual o Estado visa impedir que instrumentos idôneos para delinquir caiam em mãos de certas pessoas, ou que o produto do crime enriqueça o patrimônio do delinqüente.

Quanto aos instrumentos do crime, somente podem ser confiscados os que consistem em objetos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Aplica-se o dispositivo em estudo apenas aos instrumentos que, por destinação, são utilizados na prática de crimes (punhais, petrechos para falsificação de documentos moedas, substâncias que causem dependência física ou psíquica, etc.) ou cujo porte é proibido (armas de guerra). Não se podem confiscar, porém, ainda que utilizados ocasionalmente para a prática de ilícito penal, automóveis, armas permitidas, telefones, etc.

O produto do crime deverá ser restituído ao lesado ou a terceiro de boa fé, só se efetivando o confisco na hipótese de permanecer ignorado o dono ou não reclamado o bem do valor.

O confisco legal somente ocorre quando a infração penal pela qual o Réu foi condenado constitui crime; a expressão contida no art. 91 deve ser interpretada restritivamente, não sendo abrangente das contravenções penais.

O confisco só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória; é inadmissível durante o andamento do processo.

INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DO PÁTRIO PODER, TUTELA OU CURATELA

É ainda efeito civil da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, a ser declarada na sentença condenatória pela prática de crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão e cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, inc. II).

A incapacidade, porém, não decorre automaticamente da condenação, como corolário desta, pois deve ser declarada motivadamente na sentença.

Com relação à vítima a incapacidade é sempre permanente, o que não ocorre com relação aos demais filhos, tutelados ou curatelados, se deferida a reabilitação.

EFEITOS ADMINISTRATIVOS E POLÍTICOS

Dada nova redação ao artigo 92, I, pela lei nº 9268, prevê-se como primeiro dos efeitos administrativos da condenação duas hipóteses de perda de cargo, função pública ou mandato eletivo. A primeira delas, prevista pela alínea "a", ocorre 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.

Para a aplicação do dispositivo deve considerar-se não só o conceito de funcionário público previsto no artigo 327 do CP, como também examinar-se se o fato ocorreu no exercício das funções do agente.

A Segunda hipótese de perda de cargo, função pública ou mandato eletivo ocorre no caso de condenação transitada em julgado quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos. Por força do art. 1º, § 5º, da lei nº 9455 que define os crimes de tortura, a condenação acarreta a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Trata-se, agora, de efeito automático da condenação.

É efeito administrativo, embora também de natureza civil, a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Como efeito político da condenação pode ocorrer a perda de mandato eletivo nas mesmas hipóteses de perda do cargo ou função pública.

A perda do mandato também deve ser justificada pelo juiz na sentença condenatória, exigindo-se os mesmos requisitos necessários à aplicação do efeito da perda do cargo ou função pública.

EFEITOS TRABALHISTAS

A sentença penal condenatória ou absolutória faz coisa julgada na reclamação trabalhista ou em outras ações de Direito do Trabalho. Isso porque podem ser aplicados os dispositivos concernentes à ação ou execução civil, no que não for incompatível o DT, à ação trabalhista, dado que o direito comum é fonte subsidiária deste. Além disso, o direito processual comum também é subsidiário do processo do trabalho nos casos omissos.

Faz coisa julgada na JT a condenação criminal do empregado, passado em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena, como justa causa para a rescisão do contrato pelo empregador.

Fazem coisa julgada também a sentença condenatória penal por crime contra a organização do trabalho e por outros ilícitos, mesmo quando houver suspensão condicional da pena ou aplicação de pena restritiva de direitos, se o fato configurar justa causa para a rescisão: ato de improbidade, como a prática de crimes infamantes (furto, roubo, estelionato, etc.); incontinência de conduta, nos crimes contra os costumes praticados no emprego (ato obsceno, corrupção de menores, etc.); violação de segredo de empresa, nos crimes contra a propriedade intelectual; ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensa praticados em serviço ou contra o empregador ou superior hierárquico, ainda que não em serviço.

É causa de rescisão por justa causa pelo empregado a condenação penal do empregador por crime de perigo, por ato lesivo da honra ou da boa fama, por ofensas físicas, etc.

MEDIDAS DE SEGURANÇA

CONCEITO

O fundamento da aplicação da pena reside na culpabilidade, enquanto a medida de segurança assenta na periculosidade, que é um estado subjetivo, mais ou menos duradouro, de antissociabilidade ou, é a que se evidencia ou resulta da prática do crime e se funda no perigo da reincidência.

A medida de segurança não deixa de ser uma sanção penal e, embora mantenha semelhança com a pena, diminuindo um bem jurídico, visa precipuamente à prevenção, no sentido de preservar a sociedade da ação de delinquentes temíveis e de recuperá-los com tratamento curativo.

Na reforma penal substituiu-se a aplicação para os semi imputáveis e imputáveis do sistema duplo binário (dois trilhos), que conduz a aplicação de pena e medida de segurança, para o sistema vicariante ou unitário, em que se pode aplicar somente pena ou medida de segurança para os primeiros e unicamente a pena para os demais. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis.

PRESSUPOSTOS

Embora de forma implícita, permanecem os pressupostos para a aplicação das medidas de segurança: a prática de fato previsto como crime e a periculosidade do agente. É o que se deduz dos artigos 97 e 98 do CP.

Não basta a periculosidade, presumida pela inimputabilidade, ou reconhecida pelo juiz em casos de semi-imputabilidade. Necessário e imprescindível que, na condição de sujeito ativo, tenha a pessoa cometido um fato típico punível.

Pressuposto da aplicação da medida de segurança é também a periculosidade, ou seja, o reconhecimento da possibilidade de voltar a delinquir.

APLICAÇÃO

Reconhecido os pressupostos, a medida de segurança é aplicada pelo juiz que decidir o processo de conhecimento. Prevê-se que compete ao juiz da execução determinar a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança. Tal dispositivo, porém, refere-se apenas aos casos de superveniência de doença mental ou de perturbação da saúde mental e não de condenação do semi imputável ou absolvição do inimputável, que, evidentemente, compete ao juiz do processo condenatório.

Para a lei nova, ou a periculosidade é presumida *ex vi legi*, no caso de inimputáveis, ou deve ser reconhecida pelo juiz ao condenar o semi imputável que necessita de especial tratamento curativo, substituindo a pena pela medida de segurança, nessas condições, dispensável é que conste da imputação o pedido de sua aplicação, devendo o juiz motivá-la apenas na Segunda hipótese.

Não se prevê mais a aplicação de medida de segurança para os autores de crime impossível.

EXECUÇÃO E REVOGAÇÃO

A medida de segurança é executada, em princípio, por tempo indeterminado, fixado apenas o prazo mínimo, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade. Hoje, porém, com fundamento nos princípios da legalidade, da proporcionalidade, da igualdade, da intervenção mínima e de humanidade, tem se pregado a limitação máxima de duração da medida de segurança.

Realizada a perícia e comprovada a cessão da periculosidade, o juiz determinará a suspensão da medida de segurança. Transitada em julgado a sentença, a juiz expedirá ordem para a desinternação ou a liberação.

A medida de segurança só fica extinta após um ano da desinternação ou liberação, se não correr nesse período fato indicativo da persistência da periculosidade.

MEDIDAS DE SEGURANÇA EM ESPÉCIE

INTERNAÇÃO

São apenas duas as espécies de medidas de segurança previstas com a reforma penal: a primeira, detentiva, é a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou à falta, em outro estabelecimento adequado, e a Segunda, de caráter restritivo, constitui-se na sujeição a tratamento ambulatorial.

A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico representa, a rigor, a fusão de medidas de segurança previstas na legislação anterior: internação em manicômio judiciário em casa de custódia e tratamento. Estabeleceu-se uma medida idêntica para os inimputáveis e semi imputáveis, que deverão ser submetidos a tratamento, assegurada a custódia dos internados.

O internado deverá ser submetido obrigatoriamente aos exames psiquiátrico, criminológico e de personalidade.

TRATAMENTO AMBULATORIAL

O grande inovação introduzida no capítulo das medidas de segurança pela reforma penal é a sujeição do sentenciado a tratamento ambulatorial.

Corresponde a inovação às atuais tendências de desinstitucionalização do tratamento ao portador de doença mental ou de perturbação de saúde mental.

Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, se a conduta do sentenciado revelar necessidade de providências para fins curativos, ele poderá ser internado

APLICAÇÃO

Absolvendo-se o Réu em decorrência de sua imputabilidade, é obrigatória a aplicação da medida de segurança. Aos condenados que forem reconhecidas as medidas previstas no art. 26, parágrafo único (semi imputáveis) pode o juiz aplicar a pena, com redução prevista no referido dispositivo, ou substituí-la pela medida de segurança se o sentenciado necessitar de especial tratamento curativo. Verificando-se a extrema periculosidade do agente, recomendável é a substituição da pena pela medida de segurança.

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.

Inimputável ou semi imputável o sentenciado, poderá o juiz substituir a internação por tratamento ambulatorial se o fato praticado pelo agente é cominada abstratamente a pena de reclusão.

Quando, no curso da execução de pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do MP ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança. A partir daí, o condenado passa à condição de sujeito à medida de segurança, de modo que a duração desta está submetida à duração da pena.

INÍCIO DA EXECUÇÃO

Para a execução das medidas de segurança é indispensável que, transitada em julgado a sentença que as aplicou, seja expedida guia de execução, sem a qual não se poderá promover a internação ou a submissão a tratamento ambulatorial.

Em curso a execução da medida de segurança, será efetuado obrigatoriamente exame de cessação de periculosidade ao fim do prazo mínimo, repetido de ano em ano, ou facultativamente se o determinar o juiz da execução.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Quanto à imposição de medida de segurança em sentença absolutória, em razão da inimputabilidade, em sentença condenatória, substituindo a pena privativa de liberdade para os chamados semi imputáveis, quando não foi esta fixada em concreto, o prazo de prescrição continua regulado pela pena em abstrato. Não há prazo de prescrição específico para a medida de segurança.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

PUNIBILIDADE

CONCEITO

A prática de um fato definido na lei como crime traz consigo a punibilidade, isto é, a aplicabilidade da pena que lhe é cominada em abstrato na norma penal.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - I

CAUSAS EXTINTIVAS

Originado o *jus puniendi*, concretizado com a prática do crime, podem ocorrer causas que obstem a aplicação das sanções penais pela renúncia do Estado em punir o autor do delito, falando-se, então, em causas de extinção da punibilidade

Há causas de extinção gerais (ou comuns) que podem ocorrer em todos os delitos (prescrição, morte do agente) e as causas especiais (ou particulares), relativas a determinados delitos (retratação do agente nos crimes contra a honra, etc.).

Havendo concurso de agentes, as causas de extinção da punibilidade podem ser comunicáveis, aproveitando todos os autores, co autores e partícipes, como nas hipóteses de renúncia e perdão nos crimes contra a honra, de casamento do agente com a ofendida, etc. ou incommunicáveis, que valem para cada um, não atingindo os demais, como na retratação do agente nos crimes de calúnia e difamação, morte, etc.

EFEITOS

As causas extintivas da punibilidade podem ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença e, nessa hipóteses, regra geral, atinge-se o próprio *jus puniendi*, não persistindo qualquer efeito do processo ou mesmo da sentença condenatória.

As causas extintivas podem ocorrer, também, depois do trânsito em julgado da sentença condenatória e, nessas hipóteses, extingue-se, regra geral. Apenas o título penal executório ou apenas alguns de seus efeitos, como a pena.

CAUSAS NÃO PREVISTAS NO ART. 107 DO CP

A enumeração não é taxativa. O ressarcimento do dano no peculato culposos. É causa extintiva da punibilidade também a conciliação efetuada nos termos do art. 520 do CPC, nos crimes de calúnia, difamação e injúria, de competência do juiz singular, pois, havendo, reconciliação, é arquivada a

queixa crime. Voltou a ser causa extintiva da punibilidade o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, nos crimes definidos.

Decorrido o prazo da suspensão condicional do processo sem sua revogação, deve ser julgada extinta a punibilidade.

São também causas de extinção da punibilidade a morte do ofendido no adultério, quer tenha sido iniciada ou na a ação privada, a anulação do primeiro casamento no caso de bigamia, o decurso dos prazos do sursis e do livramento condicional.

MORTE DO AGENTE

Extingue-se a punibilidade pela morte do agente em decorrência do princípio *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga). Ao referir-se ao agente, a lei inclui o indiciado, o Réu e o condenado.

A morte de um co autor não é causa de extinção da punibilidade que se comunique aos demais.

No caso de morte do acusado, somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o MP, o juiz declarará extinta a punibilidade.

A decisão que decreta a extinção da punibilidade pela morte do agente, como nas demais hipóteses contempladas no art. 107, transita em julgado.

A morte do condenado não impede a propositura da revisão criminal, que pode ser pedida pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

ANISTIA

Extinguem a punibilidade a anistia, a graça e o indulto. Soa causas extintivas motivadas por política criminal, além de processo de individualização da pena.

A anistia pode ocorrer antes ou depois da sentença extinguindo-se a ação e a condenação e se destina a fatos e não a pessoas. Tem a finalidade de fazer olvidar o crime e aplica-se principalmente aos crimes políticos.

Compete à União a concessão da anistia.

A anistia opera *ex tunc*, isto é, para o passado, apagando o crime e extinguindo todos os efeitos penais da sentença. Não abrange, porém, os efeitos civis.

GRAÇA E INDULTO

A graça, forma de clemência soberana, destina-se a pessoa determinada e não a fato, sendo semelhante ao indulto individual.

O indulto individual (ou graça) pode ser total (ou pleno), alcançando todas as sanções impostas ao condenado, ou parcial, com a redução ou substituição da sanção, caso, em que toma o nome de comutação. Pode ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do MP, do Conselho penitenciário, ou da autoridade administrativa.

ABOLITIO CRIMINIS

Extingue-se a punibilidade pela retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso. Trata-se da *abolitio criminis*.

DECADÊNCIA

Extingue-se a punibilidade, ainda, pela prescrição, decadência ou preempção

A decadência é a perda do direito de ação privada ou de representação, em decorrência de não ter sido exercido no prazo previsto em lei.

Determina o art. 103: "salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia.

O prazo comum é, portanto, de seis meses, podendo a lei instituir exceções à regra.

O prazo de decadência é fatal e improrrogável. Não se interrompe, assim, pela instauração do IP ou pela remessa dos autos deste a Juízo.

O direito de queixa ou representação, depois que o ofendido atinge 18 anos, tanto pode ser exercido por ele, como por seu representante legal.. enquanto não chega aos 18 anos, age em nome o representante legal. Depois de 18 anos, um e outro podem exercer o direito de queixa ou de representação.

Quando a vítima tiver menos de 18 anos, seu prazo começa a ser contado a partir da data em que se completa essa idade.

Tratando-se de curador especial, que é substituto processual agindo na defesa de direito alheio, não recebe ele mais direitos do que aqueles de que o representado era titular.

No crime continuado, o prazo decadencial deve ser considerado em relação a cada delito, que deve, para isso, ser apreciado isoladamente. O prazo de decadência do crime habitual deve ser contado a partir do último ato praticado conhecido pelo ofendido.

A decadência deve ser decretada de ofício pelo juiz, consoante estabelece o artigo 61 do CPP.

PEREMPÇÃO

A perempção é a perda do direito de prosseguir na ação penal privada, ou seja, a sanção jurídica cominada ao querelante em decorrência de sua inércia. Considera-se perempta ação nas hipóteses previstas no artigo 60 do CPP.

Pela primeira hipóteses prevista no art. 60 do CPP, considera-se perempta a ação penal quando, iniciada, o querelante deixa de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos..

A perempção somente ocorre se o ato a ser praticado depende exclusivamente do querelante.

Ocorre também a perempção quando, falecendo o querelante ou sobrevivendo sua incapacidade, não comparece em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 dias, qualquer das pessoas a quem coube fazê-lo. O direito passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Também ocorre a perempção quando o querelante deixa de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente.

Não há necessidade de presença do querelante ou de seu procurador no ato do interrogatório de querelado, já que se trata de ato feito pelo juízo em relação à pessoa do Réu, sem a menor participação de qualquer outra pessoa, ou mesmo de advogado.

Não há perempção na ausência por força maior ou motivo justificado.

Perempta está também a ação penal quando o querelante deixa de formular o pedido de condenação nas alegações finais.

RENÚNCIA

Extingue-se também a punibilidade pela renúncia do direito de queixa. A renúncia, ato unilateral, é a desistência do direito de ação por parte do ofendido. Não cabe a renúncia quando se trata de ação pública condicionada à representação, já que se refere a lei apenas à ação privada.

Pela redação do dispositivo em exame, percebe-se que a renúncia antecede à propositura da ação penal, isto é, iniciada a ação penal, já não haverá lugar para a renúncia. É, assim, incompatível com a queixa proposta e recebida. Após a propositura da queixa, poderá ocorrer apenas a perempção e o perdão do ofendido.

A renúncia pode ser expressa ou tácita. A renúncia expressa deve constar de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou por procurador com poderes especiais. A renúncia é tácita quando o querelante pratica ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa.

A renúncia ao direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estende. O princípio da indivisibilidade obriga ao querelante promover ação penal contra todos os co autores do fato delituoso em teses, não podendo abstrair nenhum, a menos que seja desconhecido.

PERDÃO DO OFENDIDO

Extingue-se a punibilidade pela perdão aceito, nos crimes de ação privada.

O perdão do ofendido é a revogação do ato praticado pelo querelante, que desiste do prosseguimento da ação penal. Não havendo queixa devidamente recebida, não há que se falar em perdão. O fato poderá constituir-se, porém, em renúncia ao direito de queixa.

O perdão somente é possível na ação exclusivamente privada, como deixa claro o art. 105, não produzindo qualquer efeito na ação privada subsidiária ou na ação pública incondicionada ou condicionada.

O perdão deve ser concedido pelo ofendido ou pelo seu representante legal quando menor de 18 anos.

Ao contrário da renúncia, o perdão é um ato bilateral, não produzindo efeito se o querelado não o aceita.

O perdão pode ser processual ou extra processual. É processual quando deduzido em juízo, exigindo-se petição assinada pelo querelante, seu representante ou procurador com poderes especiais. É extraprocessual quando, concedido fora dos autos em declaração assinada por quem de direito; se for tácito, admite-se qualquer meio de prova.

Pode o perdão ser expresso ou tácito.

PERDÃO JUDICIAL

Perdão judicial é um instituto através do qual o juiz, embora reconhecendo a coexistência dos elementos objetivos e subjetivos que constituem o delito, deixa de aplicar a pena desde que apresente determinadas circunstâncias excepcionais previstas em lei e que tornam desnecessária a imposição da sanção. Trata-se de uma faculdade do magistrado, que pode concedê-lo ou não, segundo, seu critério, e não de direito do Réu.

Divergem os autores quanto à natureza jurídica do perdão judicial. Na vigência da lei anterior, formaram-se basicamente cinco correntes. Para a primeira, predominante, a sentença que concede o perdão judicial é condenatória, subsistindo todos os seus efeitos secundários. A Segunda corrente é aquela em que se afirma ser a sentença condenatória, embora libere o sentenciado de todos os seus efeitos. Para uma terceira corrente, a sentença que concede o perdão é absolutório. Em uma Quarta posição, a sentença não é condenatória nem absolutória, mas de exclusão facultativa de punibilidade. Para uma Quinta corrente, entende-se que se trata de sentença declaratória de extinção da punibilidade.

A nova lei não resolveu expressamente o problema. Embora incluído entre as causas de extinção da punibilidade, o perdão judicial implica condenação, extinguindo-se a punibilidade apenas no que diz respeito à pena e ao pressuposto da condenação para o efeito de reincidência.

É na sentença (ou acordão) que se concede o perdão judicial, após a conclusão sobre a culpabilidade do Réu.

Sendo condenatória a sentença em que se concede o perdão judicial, e mais do que isso, reconhecendo ela que ocorreu o crime, torna-se certa a obrigação de indenizar o dano. Deve ser incluída, portanto, como título executivo judicial.

Também, por essa razão, é possível ao agraciado com o perdão judicial apelar da decisão, para lograr a absolvição.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - II (REPARAÇÃO)

INTRODUÇÃO

Embora, em geral, o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da infração penal não extingam a punibilidade, prevê a lei hipóteses especiais em que a reparação devida ao ofendido tem esse efeito.

Além disso, a reparação do dano ou a restituição da coisa nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, por ato voluntário do agente, é causa geral de diminuição da pena.

RETRATAÇÃO

Extingue-se a punibilidade pela retratação do agente nos casos em que a lei a admite. Retratar-se é retirar o que disse, confessar que errou, dando-se reparação ao ofendido e demonstrações de arrependimento efetivo do agente. É a retratação, assim, o ato jurídico pelo qual o agente do crime reconhece o erro praticado e o denuncia *coram iudice*. Em primeiro lugar cabe a retratação nos crimes de calúnia e difamação, não se justificando, porém, a exclusão do delito de injúria. A retratação deve ser prestada antes de proferida a sentença, deve ser feita pelo querelado, não aproveita os co autores, e só é válida como causa extintiva da punibilidade quando irrestrita e incondicional, ou seja, cabal. Deve ser reduzida a termo pelo juiz e independe de aceitação do ofendido.

Em segundo lugar, cabe a retratação em todos os crimes contra a honra praticados através da imprensa.

Como terceira hipótese, admite-se a retratação nos crimes de falso testemunho e falsa perícia. Deve ser prestada antes da sentença referente ao processo em que o agente prestou o falso testemunho ou ofereceu a falsa perícia e exige-se que seja também completa. Ao contrário do que ocorre nos crimes contra a honra, a retratação, nessa hipótese, comunica-se aos co autores.

CASAMENTO DO AGENTE COM A VÍTIMA

Em dois casos o casamento da vítima pode conduzir à extinção da punibilidade do agente de crimes contra os costumes definidos nos artigos 213 a 220 do CP. O casamento da vítima, com a constituição da família, a livra da desonra e lhe concede a reparação do mal que lhe causou o agente.

A primeira hipótese é a do casamento do agente com a vítima.

Não basta a intenção do agente em casar-se com a vítima; é necessário que o casamento seja efetivamente realizado e a declaração da extinção da punibilidade somente poderá ser decretada mediante a certidão que comprove o matrimônio.

O simples concubinato não faz desaparecer o *jus puniendi* do estado.

Anulado o casamento antes do trânsito em julgado da sentença que declarar extinta a punibilidade, esta não será mais reconhecida; havendo trânsito em julgado não se poderá reativar o processo ou obrigar o agente a cumprir a pena imposta.

CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO

Extingue-se a punibilidade pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no item anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não queira o

prosseguimento do inquérito ou da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração. Procura-se com o dispositivo resguardar a família, já que a instauração da ação penal ou seu desenvolvimento poderá causar maiores males que a impunidade do agente. Pode a vítima, porém, obstar a causa extintiva da punibilidade se, dentro do prazo de 60 dias da celebração do casamento, pedir o prosseguimento do inquérito ou da ação penal privada ou pública incondicionada.

A lei confere legitimidade à pessoa menos de 18 anos, sendo casada e, em consequência, emancipada, de pedir o prosseguimento da ação penal.

Aplicam-se a essa causa extintiva as observações mencionadas a respeito da anterior com relação aos co autores, aos quais se comunica.

Não há extinção da punibilidade quando já tiver transitado em julgado a sentença condenatória, uma vez que é irrelevante, na execução da pena, qualquer pedido da vítima. É cabível, porém, a extinção enquanto não transitar em julgado a sentença, mesmo que o processo esteja em fase de recurso.

A prova do casamento para o efeito de extinção da punibilidade deve ser efetuada com a certidão própria.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - III (PRESCRIÇÃO)

CONCEITO E ESPÉCIES

A prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. Justifica-se o instituto pelo desaparecimento do interesse estatal na repressão do crime, em razão do tempo decorrido, que leva ao esquecimento do delito e à superação do alarma social causado pela infração penal. Além disso, a sanção perde sua finalidade quando o infrator não reincide e se readapta à vida social.

Escoado esse prazo, que é submetido a interrupções e suspensões, ocorre a suspensão da pretensão punitiva, chamada impropriamente de prescrição da ação penal. São totalmente apagados todos os seus efeitos, tal como se jamais tivesse sido praticado o crime ou tivesse existido sentença condenatória.

Transitado em julgado a sentença condenatória para ambas as partes, surge o título penal a ser executado dentro de um certo lapso de tempo, variável de acordo com a pena concretamente aplicada. Tal título perde sua força executória se não for exercitado pelos órgãos estatais o direito dela decorrente, verificando-se então a prescrição da pretensão executória, também denominada prescrição da pena, da condenação, ou da execução da pena.

Não se confunde a prescrição, em que o direito de punir é diretamente atingido, com a decadência, em que é atingido o direito de ação e, indiretamente, o direito de punir do Estado. Também não se confunde ela com a preempção que atinge diretamente o direito de prosseguir na ação e, apenas indiretamente, o direito de punir.

A prescrição em matéria criminal é de ordem pública, devendo ser decretada de ofício ou a requerimento das partes, em qualquer fase do processo.

PRAZOS DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Dispõe o artigo 409, caput: a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 110 deste código, regula-se pelo máximo de pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

Iem 20, se o máximo da pena é superior a 12;

IIem 16 anos, se o máximo da pena é superior a 8 anos e não excede a 12;

IIIem 12 anos, se o máximo da pena é superior a 4 anos e não excede 8;

- IVem 8 anos, se o máximo da pena é superior a 2 anos e não excede 4;
- Vem 4 anos, se o máximo da pena é igual a um ano, ou sendo superior, não excede a 2;
- VIem dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Para o cálculo do prazo prescricional são levadas em consideração as causas de aumento de pena, bem como as de diminuição, quando sejam compulsórias e se achem expressamente enquadradas na acusação, incluindo-se a exacerbação correspondente à forma qualificada.

No concurso de crimes a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um dos delitos, isoladamente. O prazo de prescrição da pretensão punitiva deverá ser calculado sempre para cada um dos crimes componentes e não pela soma ou pela pena exacerbada pelo concurso.

PRAZOS DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

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.

No caso de concurso material de crimes, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada um, isoladamente, e não sobre a soma das penas. Da mesma forma, no concurso formal e no crime continuado, a prescrição é calculada sobre a pena de um dos crimes.

Trata o artigo 113 do prazo de prescrição em caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional. Dispõe: no caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena. Assim, se o sentenciado cumpriu três anos e dois meses de uma pena imposta em um total de cinco anos, evadindo-se a seguir, a partir da data da fuga passa a correr o lapso prescricional sobre o restante da pena, um ano e dez meses, ou seja, prescreverá em 4 anos (art. 109, inc. V). estando em liberdade condicional e revogado o benefício, deverá o prazo prescricional ser calculado com base na pena que o sentenciado tem a cumprir, observado o disposto no artigo 88. Nessas hipóteses não se calcula mais o prazo com base na pena aplicada na sentença.

Imposta medida de segurança, o prazo da prescrição da pretensão executória regula-se pela pena em abstrato cominada ao crime.

REDUÇÃO DOS PRAZOS

São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta.

Em sendo o agente menor de vinte e um anos deve ser considerada a data do tempo do crime, ou seja, a da conduta criminosa. Ao contrário, quando se trata de maior de setenta anos, examina-se a idade do Réu no momento da sentença.

INÍCIO DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Dispõe o artigo quanto ao tempo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final. Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença, começa a correr:

- Ido dia em que o crime consumou;
- IIno caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
- IIInos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
- IVnos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

A regra geral para o início da contagem do prazo prescricional é de que começa a ser contado do dia da consumação do delito. Nos crimes qualificados pelo resultado o prazo é computado a partir do evento lesivo qualificador.

Na hipótese de tentativa, a prescrição começa a correr do dia em que se praticou o último ato executório, já que não há consumação.

No crime permanente, a ação é contínua, indivisível e o estado violador da lei se prolonga enquanto durar a consumação, dependente da conduta do agente.

Sendo a prescrição matéria de Direito Penal, inclui-se na contagem do prazo, qualquer, que seja, o dia do começo.

INÍCIO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.

O termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível é fixado pelo art. 112: no caso do artigo 110 deste código, a prescrição começa a correr:

I no 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.;

II do dia em que se interrompe a execução salvo quando o tempo da interrupção deve computar-se na pena.

Deixou-se expresso com a reforma penal que o termo inicial da prescrição da pretensão executória não é o trânsito em julgado para ambas as partes, mas para a acusação. Tratando-se de prazo da prescrição da pretensão executória só pode ele ser interrompido pelo início do cumprimento da pena. Tendo sido concedido o sursis, o prazo da prescrição, iniciado na data do trânsito em julgado da sentença para a acusação, só se interromperá pela audiência de advertência, já que o prazo não corre durante o período de prova do benefício.

Inicia-se o prazo da prescrição da pretensão executória também da data em que se revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional.

Também começa a ser contado o prazo da prescrição da pretensão executória do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

Não há mais que se falar no início do prazo de prescrição da pretensão executória da pena de multa já que, transitada em julgado a sentença, não é ela mais sanção penal mas dívida de valor, submetida às regras extrapenais.

INTERRUPÇÃO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Estando em curso a prescrição, pode vir ela a ser obstada pela superveniência de determinadas causas, previstas no art. 117. Ocorrendo uma delas, o prazo anteriormente vencido, perde sua eficácia, passando a fluir, a partir da interrupção, novo e independente prazo prescricional.

As causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva são as enumeradas nos incisos I a IV do art. 117. Dispõe o referido artigo: O curso da prescrição interrompe-se:

I pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II pela pronúncia;

III pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV pela sentença condenatória recorrível;

V pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI pela reincidência.

O recebimento da denúncia ou da queixa é causa interruptiva. Tem-se considerado a data do despacho de recebimento como o dia da interrupção, mas, na dúvida, deve prevalecer a data da entrega dos autos em cartório pelo juiz, salvo se prejudicar o agente.

Nos crimes cuja apuração é da competência do Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida e infrações que lhe forem conexas), o prazo prescricional sofre nova interrupção pela pronúncia.

Havendo diferença entre a data da pronúncia (do despacho) e a da sua publicação, prevalece esta última.

Também há interrupção quando a Superior Instância pronuncia o Réu em razão de recurso da acusação e quando a sentença de pronúncia for confirmada pela corte. Evidentemente, a sentença de impronúncia e a sentença de absolvição sumária não interrompem o prazo prescricional.

É também causa interruptiva a sentença condenatória recorrível.

INTERRUPÇÃO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

A prescrição da pretensão executória é interrompida, em primeiro lugar, pelo início ou continuação do cumprimento da pena.

Preso o agente condenado para o cumprimento da pena, interrompe-se o prazo prescricional iniciado com o trânsito em julgado da sentença para a acusação. Tendo havido evasão ou revogação do livramento condicional, a recaptura ou a prisão do sentenciado interrompe a prescrição. Nessas hipóteses, o prazo não começa a correr novamente.

Interrompe também a prescrição a reincidência. O momento da interrupção não é determinado pela prática do segundo crime, mas pela sentença condenatória irrecorrível que reconhece a prática do ilícito, embora encontrem-se decisões em sentido contrário.

SUSPENSÃO DO PRAZO

Trata o artigo 116 das causas impeditivas da prescrição, ou seja, das causas em que há suspensão do prazo da prescrição, que não corre:

I enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime.

II enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Nessas hipóteses há um hiato, uma parada momentânea: o curso da prescrição se suspende para recomeçar a correr depois que cessa a causa impeditiva.

A primeira causa suspensiva é a existência de questão prejudicial. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso obrigatoriamente, e se depender de decisão sobre questão diversa, a suspensão é facultativa.

A segunda causa é o cumprimento da pena pelo agente no estrangeiro. Não se podendo desenvolver o processo no Brasil, não deve correr a prescrição nessa hipótese.

Embora não contenha o Código Penal dispositivo a esse respeito, durante a suspensão condicional da pena não tem curso a prescrição da pretensão executória. Nesse período, está suspenso o poder de execução do estado, que não pode, assim, ser atacado pela prescrição. O mesmo se diga com relação ao livramento condicional. Entretanto, nada impede o curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva, durante o livramento condicional, por outra ação.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (art. 110, §§ 1º e 2º)

Basicamente, como foi visto, duas são as espécies da prescrição:

- 1.prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença e cujo prazo tem por base de cálculo o máximo da pena cominada ao crime;
- 2.prescrição da pretensão executória, que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e cujo prazo tem por base de cálculo a pena aplicada.

Dispõe o artigo 110, , § 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.

Embora essa disposição esteja no artigo 110, que trata da prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória, essa prescrição, às vezes denominada de intercorrente, refere-se à pretensão punitiva.

Assim, aplicada a pena na sentença e não havendo recurso da acusação, a partir da data da publicação da sentença começa a correr o prazo da prescrição intercorrente, com prazo calculado sobre essa pena concretizada. Opera-se a prescrição da pretensão punitiva, ou prescrição intercorrente, ao escoar-se esse prazo antes do trânsito em julgado para a defesa ou do julgamento de eventual recurso imposto pelo Réu. Pode ocorrer a prescrição intercorrente, portanto, durante a tramitação do recurso especial e do recurso extraordinário.

PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Desde a época da edição da Súmula 146 entendeu-se que, aplicada a pena e não havendo recurso da acusação, servia ela de base para o cálculo da prescrição referente aos prazos anteriores à própria sentença, no que se denominou de prescrição retroativa.

Com a lei nº 7209/84, deu-se a essa espécie de prescrição maior amplitude, determinando-se expressamente que a prescrição, com base na pena em concreto e atingido a pretensão punitiva, “pode Ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa”.

Ainda que haja recurso da acusação, porém, pode ocorrer a prescrição intercorrente, já que o artigo 110, § 1º, se refere também à prescrição regulada pela pena aplicada depois de improvido o recurso de acusação. Não merecendo provimento o recurso da acusação, ocorrerá a prescrição retroativa se o lapso prescricional calculado com base na pena em concreto escoou-se entre os termos interruptivos.

A prescrição pode operar-se: entre a data do fato e a do recebimento da denúncia; entre a data do recebimento da denúncia e a da sentença condenatória; entre a data da sentença condenatória e a do julgamento da apelação ou do eventual recurso extraordinário (já que a confirmação da sentença condenatória não é interruptiva da prescrição).

RECURSO DA ACUSAÇÃO

Aplicada a pena na sentença, o recurso da acusação, ao menos provisoriamente, susta o reconhecimento da prescrição intercorrente, pois, se provido e elevada a pena, não se opera a extinção da punibilidade.

CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

Quando o Réu é absolvido e recorre com sucesso a acusação, obtendo a condenação em Segunda instância, também pode ocorrer a prescrição retroativa, que incide entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre esta e o dia do julgamento do recurso.

PRESCRIÇÃO E MÉRITO

Julgada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive intercorrente ou retroativa, não se pode mais discutir, em qualquer instância, sobre o mérito do processo.

PRESCRIÇÃO E PERDÃO JUDICIAL

Concedido o perdão judicial, deve-se indagar qual o prazo da prescrição da pretensão punitiva intercorrente. A razão prende-se na existência dos efeitos penais secundários da sentença concessória do perdão (inscrição no rol dos culpados, pagamento de custas, etc.), que ficarão extintos se ocorrida essa espécie de prescrição.

Três são as orientações a respeito do prazo.

1. regula-se pelo prazo mínimo previsto em lei, ou seja, dois anos;
2. regula-se pelo mínimo da pena que poderia ser aplicada, em abstrato, ao ilícito praticado;
3. regula-se pelo máximo da pena em abstrato prevista para o crime.

Deve-se aceitar a primeira orientação, já que não pode ser maior o prazo de prescrição quando não se aplica a pena do que o previsto nos casos em que é imposta qualquer sanção.

PRAZOS PARALELOS

Condenado o Réu, podem ocorrer paralelamente dos prazos de prescrição: a prescrição da pretensão intercorrente (da pretensão punitiva), em caso de não haver recurso da acusação, a contar da data da publicação da sentença (art. 110, § 1º); a prescrição de pretensão executória, não havendo recurso da acusação, a contar da data do trânsito em julgado para a acusação.

PRESCRIÇÃO E LEGISLAÇÃO ESPECIAL

Nos termos do artigo 12, as regras da prescrição, como normas gerais que são, aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

MARCELO MARTIN FERIGATO

BIBLIOGRAFIA

1. MANUAL DE DIREITO PENAL

Júlio Fabbrini Mirabete
Ed. Atlas, 1998
São Paulo - 13ª edição