

STJ00115040

Paulo César Busato

DIREITO PENAL

PARTE GERAL

6ª EDIÇÃO



**tirant
lo blanch**

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Capa e diagramação: Analu Brettas

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

B982

Busato, Paulo César

**Direito penal : parte geral / Paulo César Busato. –
6.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2022.**

718 p.

ISBN: 978-65-5908-353-4

1. Direito. 2. Direito penal. I. Título.

CDU: 343.21

Bibliotecária Responsável: Elisabete Cândida da Silva - Crb8ª/6778

DOI: 10.53071/boo-2022-06-11-62a3dfe4b860b

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).



**tirant
lo blanch**

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com

www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

SUMÁRIO

SOBRE O AUTOR	8
APRESENTAÇÃO À 6ª EDIÇÃO	9
APRESENTAÇÃO À 5ª EDIÇÃO	10
APRESENTAÇÃO À 4ª EDIÇÃO	11
APRESENTAÇÃO À 3ª EDIÇÃO	12
APRESENTAÇÃO À 2ª EDIÇÃO	14
NOTA DO AUTOR	15
PRÓLOGO.....	17
<i>Francisco Muñoz Conde</i>	
CAPÍTULO 1	
DIREITO PENAL – NATUREZA E CONTEÚDO.....	40
1. O que é o Direito penal.....	40
1.1 Conceito de Direito penal.....	40
1.2 Objeto do Direito penal.....	42
1.3 Objetivos ou missões do Direito penal.....	42
1.3.1 A crítica criminológica.....	43
1.3.2 As dicotomias entre as vertentes principais a respeito do tema.....	45
1.3.2.1 A missão de reforço dos valores ético-sociais da atitude interna.....	45
1.3.2.2 A missão de confirmação do reconhecimento normativo.....	47
1.3.2.3 A missão de defesa de bens jurídicos.....	48
1.3.2.4 A missão de controle social do intolerável.....	49
2. O jus puniendi e a questão do Estado.....	50
CAPÍTULO 2	
LIMITES DO CONTROLE SOCIAL PENAL	52
Introdução: Princípios. Os limites do Direito penal em um Estado social e democrático de Direito.....	52
1. Princípio de legalidade. Um limite formal e básico da composição do Estado de Direito.....	55
1.1 Origem histórica.....	55
1.2 Significados do princípio de legalidade: Político e técnico.....	58
1.2.1 Significado e alcance político do princípio de legalidade.....	58
1.2.2 Significado e conteúdo técnico do princípio de legalidade.....	59
1.3 Das garantias individuais derivadas do princípio de legalidade.....	61
1.3.1 Garantia criminal (<i>nullum crimen sine lege</i>).....	61
1.3.2 Garantia penal (<i>nulla poena sine lege</i>).....	62
1.3.3 Garantia jurisdicional (<i>nemo damnetur nisi per legale iudicium</i>).....	62
1.3.4 Garantia de execução.....	63
1.4 Requisitos das normas jurídicas.....	63
1.4.1 Reserva absoluta da lei (<i>lex scripta</i>).....	64
1.4.1.1 Exclusão dos costumes, dos precedentes ou de princípios como fonte de Direito penal incriminador.....	64

1.4.1.2 Exclusividade da lei (em sentido estrito).....	65
1.4.2 Irretroatividade da lei penal (<i>lex praevia</i>).....	65
1.4.3 Comando de determinação (<i>lex certa e lex stricta</i>)	67
1.4.3.1 O comando de determinação em sua vertente legislativa (<i>lex certa</i>)	67
1.4.3.2 O comando de determinação em sua vertente judicial. A proibição da analogia (<i>lex stricta</i>)	70
2. O princípio de intervenção mínima e suas vertentes	72
2.1 A fragmentariedade	72
2.2 A subsidiariedade	75
2.3 Critérios de determinação do princípio de intervenção mínima.....	77
2.4 Efeitos do princípio de intervenção mínima	80
3. Princípio da culpabilidade	82
3.1 Origem do princípio	83
3.2 Momento atual do princípio de culpabilidade	86
3.2.1 A origem da crise: determinismo × livre-arbítrio.....	86
3.2.2 Uma fraude de etiquetas.....	87
3.2.3 As verdadeiras raízes da crise da culpabilidade	88
3.2.4 Algumas propostas de solução	91
3.2.4.1 A diferenciação entre culpabilidade jurídica e culpabilidade ética	91
3.2.4.2 A culpabilidade como limite. A proposta de Roxin.....	92
3.2.4.3 A culpabilidade sem reprovação. A proposta de Hassemer	93
3.2.4.4 A liberdade como fundamento da linguagem jurídica da ação.....	94
3.2.5 As garantias derivadas do princípio de culpabilidade	95
3.2.5.1 A responsabilidade pessoal, individual.....	96
3.2.5.2 A responsabilidade subjetiva ou culpabilidade em sentido estrito.....	97
3.2.5.3 A responsabilidade pelo fato.....	98
3.2.5.4 A presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade	99
3.2.5.5 A individualização da pena.....	100

CAPÍTULO 3

LIMITAÇÕES DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....	102
Introdução	102
1. A pretensão de validade da lei penal no espaço	102
1.1 Territorialidade.....	103
1.1.1 O princípio de territorialidade.....	103
1.1.2 Do conceito de território na lei penal brasileira	103
1.2 Extraterritorialidade	104
1.2.1 Hipóteses de extraterritorialidade. A necessidade ou não de submissão a condições prévias.....	104
1.2.1.1 A extraterritorialidade incondicionada.....	105
1.2.1.2 A extraterritorialidade condicionada.....	105
1.2.2 Os princípios relativos à lei penal no espaço, aplicáveis às hipóteses de extraterritorialidade segundo a legislação brasileira	105
1.2.2.1 Princípio real, de defesa ou de proteção.....	105
1.2.2.2 Princípio da nacionalidade ou da personalidade	106
1.2.2.3 Princípio da universalidade ou cosmopolita.....	106

1.2.2.4 Princípio da representação ou bandeira	106
1.3 Da limitação da aplicação do direito penal brasileiro em face das pessoas. As imunidades.....	106
1.3.1 Imunidades diplomáticas.....	107
1.3.2 Imunidades parlamentares.....	108
1.3.2.1 Imunidade material ou substancial	109
1.3.2.2 Imunidade formal ou relativa	109
1.4 Lugar do crime.....	111
1.5 A extradição	112
1.5.1 Espécies de extradição	112
1.5.2 O princípio de reciprocidade e a exigência de Tratado bilateral para a concessão de extradição	113
1.5.3 Condições para a concessão de extradição.....	114
1.5.4 Vedações à concessão de extradição.....	114
1.5.5 Procedimento para a extradição.....	115
2. A pretensão de validade da lei penal no tempo.....	116
2.1 A expressão do princípio de legalidade. Critério geral e exceção	116
2.2 Hipóteses comuns de conflitos de leis penais no tempo	118
2.3 As leis intermediárias.....	119
2.4 Leis temporárias ou excepcionais	119
2.5 Combinação de leis e normas. O caso da chamada Lex Tertia.....	120
2.6 Sucessão do complemento da lei penal em branco.....	123
2.7 Sucessão de leis processuais penais.....	124
2.8 Sucessão de jurisprudência	125
2.9 O tempo do crime.....	128

CAPÍTULO 4

HERMENÊUTICA JURÍDICO-PENAL. AS FONTES DO DIREITO PENAL. A NORMA PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO.....	131
Introdução	131
1. Fontes do Direito penal.....	131
1.1 Classificações das fontes do Direito penal.....	133
2. A norma jurídico-penal	134
2.1 Diferenciação entre norma e lei e seus efeitos na teoria do delito	135
2.2 Conteúdo e estrutura da norma penal	136
2.2.1 Conteúdo da norma.....	136
2.2.1.1 Breves referências sobre a clássica discussão sobre o fundamento da norma.....	136
2.2.1.2 O sentido da norma	142
2.2.2 Estrutura da norma	144
2.2.2.1 A estrutura das normas em geral, das normas penais e especificamente das normas incriminadoras.....	144
2.2.2.2 As técnicas de tipificação próprias do Moderno Direito penal.....	147
3. A interpretação da lei penal	153
3.1 Critérios de interpretação	154
3.2 Formas e técnicas de interpretação.....	156
3.2.1 Classificação da interpretação das normas quanto aos sujeitos intérpretes	157
3.2.2 Classificação da interpretação quanto aos meios ou técnicas empregadas	157
3.2.3 Classificação das formas de interpretação quanto ao seu resultado	158

3.3 Analogia e interpretação analógica em matéria normativa jurídico-penal	159
4. Sistematização dos princípios de interpretação.....	160

CAPÍTULO 5

PRESSUPOSTOS ESTRUTURAIS DA TEORIA DO DELITO – AS PRETENSÕES DE VALIDADE DA NORMA PENAL	162
1. O delito	162
2. A instrumentalidade da teoria do delito.....	162
3. Uma teoria do delito sem terminologia técnica.....	163
4. A evolução das “gramáticas jurídico-penais”	167
4.1 A ciência jurídico-penal.....	167
4.2 O causal-naturalismo. Um eixo ontológico para a teoria do delito.....	171
4.3 O positivismo jurídico.....	172
4.4 O neokantismo. Um modelo jurídico valorativo.....	174
4.5 O finalismo como expressão do neo-ontologismo	176
4.6 O esgotamento do finalismo.....	179
4.6.1 A corrosão da base ontológica do finalismo e do causalismo pela crítica criminológica e filosófica .	179
4.6.2 A crise dos fundamentos dogmáticos.....	180
4.7 O funcionalismo	182
4.7.1 O funcionalismo teleológico.....	184
4.7.2 O funcionalismo sistêmico	186
4.8 Principais distinções e aproximações entre o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico...	189
4.9 O modelo de sistema significativo de imputação	189
4.9.1 A visão significativa do sistema criminal	191
4.9.2 Uma proposta de organização da teoria do delito, a partir do sistema significativo.....	195

CAPÍTULO 6

A DIMENSÃO FORMAL DA PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA (TIPO DE AÇÃO) OU PRETENSÃO CONCEITUAL DE RELEVÂNCIA.....	199
Introdução	199
1. Conceito e função: a concepção significativa da ação	200
2. O conteúdo do tipo de ação: pressupostos	202
2.1 A exigência de uma ação.....	202
2.2 Hipóteses de ausência de tipo de ação por falta de conduta	206
2.2.1 Coação física irresistível.....	207
2.2.2 Os atos reflexos e condutas automatizadas	209
2.2.3 Estados de inconsciência	212
2.3 Modalidades de conduta: ação e omissão.....	217
2.4 A omissão e suas formas	218
2.4.1 Crimes omissivos próprios.....	219
2.4.2 Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão.....	220
2.4.2.1 Hipóteses em que a pessoa tenha por lei obrigação de cuidado, dever ou vigilância	225
2.4.2.2 Hipóteses em que a pessoa de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado	226
2.4.2.3 Hipóteses em que a pessoa, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado	226
2.5 A exigência da tipicidade formal para a conformação da pretensão conceitual de relevância.....	227

2.5.1 Breves apontamentos sobre a origem e a evolução do conceito de tipicidade.....	228
2.5.2 Tipicidade indireta	236
2.5.3 Das funções da pretensão conceitual de relevância (tipicidade formal)	236
2.5.4 Elementos da pretensão conceitual de relevância (tipicidade formal)	237
2.6 A questão do resultado	238
2.6.1 Classificação dos delitos quanto ao resultado natural	238
2.6.2 Classificação dos delitos quanto ao resultado jurídico	239
3. A relação entre a classificação dos delitos quanto à ação e a classificação dos delitos quanto ao resultado naturalístico	241
4. Ação, causalidade e imputação objetiva	241
4.1 A evolução das teorias jurídicas da causalidade	244
4.1.1 Teoria igualitária: equivalência dos antecedentes	244
4.1.2 Teorias diferenciadoras: especial referência à causalidade adequada	245
4.1.3 Alguns recortes sobre a causalidade a partir da linguagem.....	248
4.2 O papel da causalidade nos modernos sistemas de imputação.....	248
4.3 A contribuição da teoria da imputação objetiva para o estabelecimento do tipo de ação	250
4.3.1 Criação do risco não permitido	253
4.3.2 A realização do risco criado	254
4.3.3 A relação risco-imputação em face dos tipos de ação.....	255

CAPÍTULO 7

A DIMENSÃO MATERIAL DA PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA – PRETENSÃO DE OFENSIVIDADE	256
1. Pretensão de ofensividade (tipicidade ou antijuridicidade material)	256
2. A evolução do reconhecimento de uma dimensão material do tipo.....	257
3. Origem e evolução do conceito de bem jurídico-penal e sua relação com a norma penal. Immanentismo ou transcendentalismo?	260
3.1 Tomada de posição.....	266
4. Da importância da preservação do bem jurídico como critério de referência para o recorte da intervenção jurídico-penal.....	267
4.1 Da mencionada falta de efetividade	268
4.2 Da imprecisão do conceito de bem jurídico-penal	269
4.2.1 O problema dogmático. Distinção entre bem jurídico e objeto material do delito	269
4.2.2 Tendência do conceito de bem jurídico a um perfil abstrato	270
4.3 Propostas recentes de alternativas à teoria do bem jurídico e razões de sua insuficiência.....	272
4.3.1 O merecimento de pena.....	273
4.3.2 A tutela de contextos da vida.....	273
4.3.3 O aproveitamento do <i>harm principle</i>	275
5. A discussão atual sobre a legitimidade da intervenção penal referida a bens jurídicos transindividuais ou coletivos	275
5.1 O fragmentário panorama atual das tendências sobre a legitimidade ou não da proteção de bens jurídicos coletivos	279
5.1.1 O desenho atual do monismo personalista	279
5.1.2 Teoria social ou sociológica dos bens jurídicos	280
5.1.3 Teoria dos bens jurídicos intermediários.....	282
5.1.4 Teoria dos bens jurídicos coletivos autônomos.....	282

5.1.5 Referência monista humanista. Uma tomada de posição a respeito dos bens jurídicos coletivos.....	283
6. A função da pretensão de ofensividade	286
7. Classificação dos delitos quanto ao resultado produzido para os bens jurídicos	288
8. Resumo do tipo de ação	289

CAPÍTULO 8

A PRETENSÃO SUBJETIVA DE ILICITUDE – O DOLO E A IMPRUDÊNCIA	291
Introdução	291
1. Dolo e imprudência como instâncias de imputação.....	291
1.1 A pretensão subjetiva de ilicitude e seus fundamentos no modelo significativo de teoria do delito	292
2. Dolo.....	293
2.1 Natureza do dolo. A evolução do ponto de vista ontológico para o dolo normativo-significativo	294
2.1.1 As superadas teorias ontológicas do dolo	294
2.1.2 As teorias normativas do dolo.....	296
2.2 Os elementos do dolo.....	301
2.2.1 O elemento intelectual.....	302
2.2.2 O elemento volitivo	303
2.3 Das espécies de dolo	305
2.3.1 Dolo direto de primeiro grau.....	306
2.3.2 Dolo direto de segundo grau	307
2.3.3 Dolo eventual.....	308
3. O crime imprudente	308
3.1 Breve evolução da discussão sobre o fundamento de punibilidade do delito imprudente.....	309
3.2 O conteúdo do ilícito imprudente e o momento de análise da imprudência na teoria do delito.....	314
3.3 A regulamentação jurídica da imprudência no Código Penal.....	315
3.4 Os elementos do ilícito imprudente. As etapas de identificação da violação do dever de cuidado	316
3.4.1 Primeira etapa. O dever geral de cuidado objetivo. Correspondência ao tipo de ação.....	318
3.4.2 O dever subjetivo de cuidado como instância subjetiva da pretensão de ilicitude.....	318
3.5 Das diferentes categorias de imprudência. Imprudência grave ou leve versus imprudência consciente e inconsciente	320
3.6 Concorrência e compensação de imprudências	320
4. Os limites entre o dolo e a imprudência	321
4.1 As clássicas teorias da vontade (<i>Willenstheorien</i>) e teorias da representação (<i>Vorstellungstheorien</i>)	321
4.1.1 Teorias intelectivas ou cognitivas	321
4.1.2 Teorias volitivas	324
4.1.3 A categoria intermediária. Proposta de aproximação da <i>Recklessness</i> ?	325
4.2 O modelo significativo e a separação entre dolo e imprudência	327

CAPÍTULO 9

A PRETENSÃO OBJETIVA DE ILICITUDE – INSTÂNCIAS NORMATIVAS PERMISSIVAS	332
Introdução	332
1. Origem e desenvolvimento do estudo da antijuridicidade ou pretensão normativa de ilicitude.....	333
1.1 Injusto e antijuridicidade.....	334
1.2 Antijuridicidade como essência do delito ou elemento de sua composição.....	335
1.3 A concepção material do injusto como violação do bem jurídico e sua situação na teoria do delito.....	337

1.4 O sistema significativo e a pretensão de ilicitude.....	338
2. Permissões fortes (causas legais de justificação)	339
2.1 O estado de necessidade	339
2.1.1 Evolução histórica	340
2.1.2 Estado de necessidade, moral e direito.....	341
2.1.3 Requisitos do estado de necessidade	341
2.1.3.1 A situação justificante.....	341
2.1.3.2 A conduta justificada.....	344
2.1.4 Posições especiais de dever e a exclusão do estado de necessidade.....	346
2.1.5 Estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante.....	346
2.1.6 A qualificação do estado de necessidade: defensivo e ofensivo ou agressivo	350
2.2 Legítima defesa.....	350
2.2.1 Generalidades.....	351
2.2.2 Requisitos da legítima defesa	351
2.2.2.1 A situação justificante da legítima defesa	351
2.2.2.2 A conduta justificada.....	354
2.2.3 Legítima defesa real, putativa, sucessiva e recíproca e outras questões terminológicas.....	358
2.2.4 O agente de segurança em crimes com reféns (parágrafo único do art. 25 do CP)	359
2.3 Estrito cumprimento do dever legal.....	361
2.3.1 O elemento subjetivo no cumprimento do dever.....	362
2.4 Exercício regular de direito.....	362
3. Permissões fracas (causas legais de exculpação e causas supralegais de justificação ou exculpação).....	363
3.1 Causas legais de exculpação. Os limites de exigibilidade de comportamento conforme o direito	363
3.1.1 Origen e desenvolvimento do tema	364
3.1.2 Situações de inexigibilidade de conduta conforme o direito no ordenamento positivo brasileiro....	365
3.2 Causas supralegais de justificação e exculpação. Especial referência ao consentimento do ofendido.....	368
3.2.1 Consentimento do ofendido	369
3.2.1.1 Da validade jurídico-penal do consentimento	371
3.2.2 Outras causas supralegais de justificação e/ou exculpação	372
4. Breves comentários sobre a justificação procedimental.....	374

CAPÍTULO 10

A PRETENSÃO DE REPROVAÇÃO – CULPABILIDADE	376
1. Introdução	376
2. Conceito de culpabilidade.....	376
3. Das distintas acepções do termo culpabilidade.....	377
3.1 Culpabilidade como princípio	377
3.2 A culpabilidade como limite da pena.....	378
3.3 Culpabilidade como elemento do delito	378
4. Evolução do conceito de culpabilidade	380
4.1 Conceito psicológico de culpabilidade.....	381
4.2 Conceito psicológico-normativo de culpabilidade	383
4.3 Conceito normativo puro de culpabilidade.....	386
4.4 Tendências da culpabilidade no pós-finalismo	388

4.4.1 A atributividade de Maurach.....	389
4.4.2 A responsabilidade no funcionalismo teleológico de Roxin.....	389
4.4.3 A culpabilidade funcionalizada normativamente. A tese de Jakobs.....	390
4.4.4 O déficit de lealdade ao Direito de Kindhäuser	393
4.4.5 Os condicionamentos sociais e o conceito dialético de culpabilidade	395
4.4.6 A ideia de coculpabilidade e a vulnerabilidade do sujeito culpável	396
4.5 A culpabilidade como pretensão de reprovação.....	398
5. Estrutura	399
5.1 Imputabilidade ou capacidade de culpabilidade.....	399
5.1.1 Sistemas de aferição.....	400
5.1.2 A exclusão da imputabilidade por menoridade	401
5.1.3 A exclusão da imputabilidade por doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado.....	402
5.1.4 A responsabilidade penal diminuída. Uma ficção para justificar a punibilidade indemonstrada.....	403
5.1.5 Emoção e paixão (um contra-critério)	404
5.1.6 Embriaguez	405
5.1.6.1. Uma aproximação do problema da embriaguez a partir da concepção significativa da ação. O abandono da actio libera in causa	407
5.2 Potencial consciência da ilicitude ou conhecimento do injusto	409
5.2.1 Objeto do conhecimento.....	409
5.2.2 A falta de potencial consciência da ilicitude e seus efeitos	411

CAPÍTULO 11

A NECESSIDADE DE PENA – PRETENSÃO DE PUNIBILIDADE	412
1. Pretensão de punibilidade. Conceito e delimitação da categoria.....	412
2. As causas de exclusão da pretensão de punibilidade	415
2.1 Causas gerais de exclusão da pretensão de punibilidade	417
2.1.1 Causas gerais legais de exclusão da pretensão de punibilidade	417
2.1.2 Causa geral supralegal de exclusão da punibilidade. O fundamento da pena.....	428
2.2 Causas especiais de exclusão da pretensão de punibilidade.....	429
2.2.1 O perdão do ofendido.....	429
2.2.2 A retratação do agente, nos casos em que a lei o admite.....	430
2.2.3 Escusas absolutórias.....	431
2.2.4 A sentença de quebra, concessiva de recuperação judicial ou extrajudicial nos crimes falimentares.....	431
3. Requisitos de persecução	433
3.1 Renúncia do direito de queixa nos crimes de ação penal privada.....	433
3.2 Ausência ou retratação da representação nos crimes de ação penal pública condicionada	433
3.3 Decadência.....	434
3.4 Perempção.....	434
4. Incidentes processuais afilivos da execução da pena	434
4.1 Anistia.....	435
4.2 Graça	436
4.3 Indulto e comutação de pena	436
4.4 Prescrição da pretensão executória	437

4.5 Prescrição retroativa.....	438
<i>CAPÍTULO 12</i>	
A TEORIA DO ERRO.....	440
1. Introdução. A metodologia do estudo do erro em Direito penal	440
2. Um ponto de partida inafastável. O desvalor da conduta equivocada.....	441
3. Breve histórico da tratativa do erro em Direito penal.....	442
3.1 Antecedentes às teorias do dolo	443
3.2 Teoria estrita, extrema, ou extremada do dolo.....	444
3.3 Teoria limitada do dolo	445
3.4 Teoria estrita da culpabilidade	448
3.5 Teoria limitada da culpabilidade.....	448
3.6 A teoria da afetação da consciência da ilicitude. Uma proposta de lege ferenda.....	449
4. Das modalidades de erro	452
4.1 Do erro de tipo. O erro incidente sobre elementos da pretensão conceitual de relevância	452
4.1.1 Do erro sobre elementos normativos do tipo.....	454
4.1.2 Do erro mandamental	454
4.2 Do erro de proibição. O erro incidente sobre o conhecimento da ilicitude como pretensão de reprovabilidade.....	455
4.3 O erro incidente sobre as permissões. As discriminantes putativas.....	456
4.3.1 O caso dos erros incidentes sobre as circunstâncias fáticas das permissões fracas	457
5. Um filtro interpretativo geral das hipóteses de erro: a escusabilidade.....	457
5.1 Escusabilidade e dever de informação.....	458
6. Do erro acidental.....	460
6.1 Do erro sobre o objeto	460
6.2 Do erro sobre a pessoa.....	460
6.3 Do <i>aberratio ictus</i>	461
6.4 Do <i>aberratio criminis</i>	462
7. O delito putativo por erro de tipo ou erro de proibição	462
8. O erro provocado por terceiro	462
<i>CAPÍTULO 13</i>	
TENTATIVA DE DELITO	464
1. Introdução	464
2. Breve evolução histórica e conceito	464
3. Os limites da tentativa.....	465
3.1 As teorias sobre a separação entre atos preparatórios e atos de execução	465
3.1.1 Teoria negativa	465
3.1.2 Teoria subjetiva pura	466
3.1.3 Teorias objetivas	467
3.1.3.1 Teoria objetivo-formal.....	467
3.1.3.2 Teoria objetivo-material.....	467
3.1.3.3 Teoria objetivo-individual ou objetivo-subjetiva	468
4. Tipicidade da tentativa	470
4.1 Tentativa e conduta.....	470

4.2 Elemento subjetivo do ilícito tentado	472
5. Fundamento de punibilidade da tentativa	475
5.1 Teses objetivas	475
5.2 Teses subjetivas.....	476
5.3 Teorias subjetivo-objetivas	477
5.4 Teoria da impressão	477
5.5 Uma proposta de fundamentação significativa da tentativa de delito	479
6. Tentativa inidônea.....	480
7. Desistência da tentativa	482
7.1 Desistência voluntária	483
7.2 Arrependimento eficaz.....	483
7.2.1 A necessidade de eficácia do arrependimento do partícipe	484
7.3 Arrependimento posterior	484

CAPÍTULO 14

OS SUJEITOS DO DELITO – AUTORIA E PARTICIPAÇÃO.....	485
Introdução	485
1. Sujeito ativo	485
1.1 Delimitação.....	485
1.2 Classificação dos delitos segundo o sujeito ativo	485
1.3 Requisitos do concurso de pessoas	486
1.3.1 Requisitos objetivos.....	487
1.3.2 Requisito subjetivo	487
1.3.2.1 O desvio subjetivo em hipóteses de concurso de pessoas.....	487
1.3.2.2 A limitação da comunicabilidade das circunstâncias e condições pessoais	489
1.4 Autoria e participação.....	490
1.4.1 Sistemas diferenciadores e unitários.....	491
1.4.2 Teorias diferenciadoras utilizadas para a identificação do autor.....	497
1.4.2.1 Teoria subjetiva	497
1.4.2.2 Teoria objetivo-formal.....	498
1.4.2.3 Teoria do domínio do fato.....	499
1.5 Classificação das distintas formas de autoria	502
1.5.1 A autoria única direta ou mediata.....	502
1.5.2 A autoria mediata.....	502
1.5.2.1 Autoria mediata e culpabilidade	503
1.5.2.2 Autoria mediata e erro.....	503
1.5.2.3 Autoria mediata com executor responsável. O autor detrás do autor. A questão dos aparatos de poder organizados	504
1.5.2.4 A autoria mediata e os crimes próprios e de mão própria.....	506
1.5.2.5 Autoria mediata e crimes imprudentes	506
1.5.3 A coautoria.....	507
1.5.3.1 A coautoria em crimes imprudentes	507
1.5.3.2 Coautoria e crimes especiais ou próprios	508
1.5.3.3 Coautoria e crime omissivo	509

1.5.4	Autoria incerta e colateral.....	510
1.6	Conceito e natureza da participação	510
1.6.1	Limites da acessoriedade da participação em face do <i>iter criminis</i>	511
1.7	Classificação da participação.....	512
1.7.1	Participação moral. Induzimento e instigação.....	512
1.7.2	Participação material. A cumplicidade ou auxílio.....	513
1.7.3	Formas excepcionais de participação.....	513
1.7.4	Participação e elemento subjetivo	513
1.7.5	Participação e omissão.....	514
1.7.6	Participação em crime especial.....	515
1.8	Autoria, participação e responsabilidade penal de pessoa jurídica.....	515
2.	Sujeito passivo do delito	519
2.1	A vitimologia e a vitimodogmática	519

CAPÍTULO 15

FUNDAMENTOS DISCURSIVOS DO CASTIGO	522
1. Introdução	522
2. Os discursos a respeito do fundamento da pena.....	526
2.1 As teorias absolutas. O retribucionismo	526
2.1.1 Generalidades.....	526
2.1.2 Exponentes da Teoria Retributiva da pena	527
2.1.2.1 A concepção retributiva da pena em Kant	527
2.1.2.2 A concepção retributiva da pena em Hegel.....	527
2.1.2.3 Outros expoentes do retribucionismo.....	528
2.1.3 Comentários críticos ao retribucionismo	529
2.2 Teorias relativas. A prevenção	531
2.2.1 Prevenção geral (negativa)	532
2.2.2 Comentários críticos sobre a prevenção geral negativa	532
2.2.3 Prevenção especial (positiva e negativa)	534
2.2.4 Comentários críticos sobre a prevenção especial	537
2.3 Teorias mistas ou da união. A pena como prevenção e retribuição.....	539
2.3.1 Linhas gerais	539
2.3.2 Comentários críticos às teorias mistas.....	542
3. A prevenção geral positiva. Os modelos derivados das concepções sociológico-funcionalistas.....	544
3.1 Os modelos funcionalistas de prevenção geral positiva.....	547
3.1.1 Prevenção geral positiva fundamentadora.....	547
3.1.2 Prevenção geral positiva desde postulados garantistas (limitadora)	549
3.2.3 Comentários críticos sobre a prevenção geral positiva.....	550
4. O discurso criminológico da pena	552
4.1 Teoria materialista/dialética	553
4.2 Teoria negativa/agnóstica.....	555
4.3 Considerações críticas sobre as teorias criminológicas da pena	556
5. Considerações finais sobre os fins e missões das consequências jurídicas do delito.....	563
5.1 Os reflexos da adoção dessa perspectiva na questão da prisão processual	567

CAPÍTULO 16

AS MODALIDADES DE PENA NO DIREITO BRASILEIRO	569
Introdução	569
1. O sistema de consequências jurídicas do ilícito punível. A pena e a medida de segurança no Direito penal brasileiro positivo	569
1.1 A limitação da aplicação das consequências jurídicas do delito pela culpabilidade.....	570
1.2 Os fundamentos da pena e da medida de segurança	571
2. Das penas. Uma breve evolução histórica da pena como instrumento de controle social	572
2.1 Os antecedentes da prisão.....	572
2.2 A penitenciária moderna	575
2.2.1 Os modelos de Filadélfia e Auburn.....	575
2.2.2 O Sistema Progressivo ou Irlandês	576
2.3 Os sistemas prisionais no Brasil.....	576
2.4 Privatização de presídios e indústria do encarceramento	578
3. Das modalidades de pena existentes atualmente no Brasil.....	579
3.1 Penas privativas de liberdade.....	579
3.2 Penas restritivas de direitos	581
3.2.1 Requisitos (art. 44 do Código Penal).....	582
3.2.2 Modalidades.....	582
3.3 Penas de multa	584
3.3.1 Origem	584
3.3.2 Tipos de penas pecuniárias	585
3.3.3 Características da pena de multa.....	585
3.3.4 O sistema dos dias-multa	586
3.3.5 A execução da pena de multa.....	586

CAPÍTULO 17

AS MEDIDAS DE SEGURANÇA	589
1. Origens e desenvolvimento.....	589
2. Conceito	591
3. Presença na legislação penal.....	591
4. Periculosidade social frente à periculosidade criminal. A crise das medidas de segurança.....	592
5. Pressupostos e fundamentos das medidas de segurança pós-delituais.....	593
5.1 As exigências dogmáticas de realização de um tipo de ação com pretensão de ilicitude (fato típico e antijurídico)	594
5.1.1 A questão das permissões antecipatórias da verificação da pretensão de reprovação	594
5.2 A concorrência da periculosidade criminal como fundamento da medida de segurança	595
6. Garantias que revestem a regulação das medidas de segurança	596
6.1 Legalidade das medidas de segurança.....	596
6.2 Jurisdicionalidade da aplicação das medidas de segurança	597
6.3 Garantia de execução das medidas de segurança	597
6.4 Periculosidade criminal como fundamento das medidas de segurança.....	598
6.5 Culpabilidade como leme das medidas de segurança	598
7. Espécies.....	599

8. Prazo de duração	600
9. Execução, suspensão e extinção	601
10. Substituição de pena por medida de segurança	602
11. Prescrição	602

CAPÍTULO 18

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	604
Introdução	604
1. O método legal	605
1.1 Circunstâncias judiciais. A fixação da pena-base	606
1.1.1 A culpabilidade	608
1.1.2 Os antecedentes	609
1.1.3 Conduta social	611
1.1.4 Personalidade	612
1.1.5 Motivos.....	613
1.1.6 Circunstâncias.....	614
1.1.7 Consequências	614
1.2 O cômputo das circunstâncias judiciais	616
2. Circunstâncias legais agravantes e atenuantes.....	617
2.1 Das circunstâncias agravantes genéricas	618
2.1.1 A reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal)	619
2.1.2 Motivo fútil ou torpe (art. 61, inciso II, alínea a, do Código Penal).....	621
2.1.3 Finalidade de facilitar ou assegurar a execução, a ocultação ou a vantagem derivada de outro crime (art. 61, inciso II, alínea b, do Código Penal).....	621
2.1.4 Utilização de recursos que dificultam ou impossibilitam a defesa do ofendido (art. 61, inciso II, alínea c, do Código Penal).....	621
2.1.5 Meios insidiosos ou cruéis, ou dos quais possa resultar perigo comum (art. 61, inciso II, alínea d, do Código Penal)	622
2.1.6 Crime praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (art. 61, inciso II, alínea e, do Código Penal)	622
2.1.7 Abuso de autoridade, relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher (art. 61, inciso II, alínea f, do Código Penal)	623
2.1.8 Abuso de poder ou violação de dever relativo a cargo, ofício, ministério ou profissão (art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal).....	624
2.1.9 Crime cometido contra maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal)	624
2.1.10 Ofendido sob imediata proteção da autoridade (art. 61, inciso II, alínea i, do Código Penal)	625
2.1.11 Situação de calamidade pública ou desgraça particular do ofendido (art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal)	625
2.1.12 Em estado de embriaguez preordenada (art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal).....	625
2.1.13 Das agravantes no concurso de pessoas.....	626
2.2 Das circunstâncias atenuantes genéricas.....	627
2.2.1 Menores de 21 anos e maiores de 70 anos (art. 65, inciso I, do Código Penal).....	627
2.2.2 Desconhecimento da lei (art. 65, inciso II, do Código Penal)	628
2.2.3 Motivo de relevante valor social ou moral (art. 65, inciso III, alínea a, do Código Penal)	628

2.2.4 Arrependimento ineficaz (art. 65, inciso III, alínea b, do Código Penal)	628
2.2.5 Coação resistível, cumprimento de ordem ou influência de emoção derivada de ato injusto da vítima (art. 65; inciso III, alínea c, do Código Penal)	629
2.2.6 Confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal).....	629
2.2.7 Crime for cometido sob influência de multidão em tumulto (art. 65, inciso III, alínea e, do Código Penal).....	632
2.2.8 Cláusula aberta (art. 66 do Código Penal)	632
3. Alteradores especiais da pena. Causas de aumento e de diminuição	633
3.1 Causas de aumento	633
3.2 Causas de diminuição.....	633
3.3 Cômputo das causas de aumento e diminuição	633

CAPÍTULO 19

O CONCURSO DE CRIMES	636
1. Introdução	636
2. O concurso aparente de normas penais incriminadoras.....	637
3. A polêmica sobre a natureza jurídica do concurso de delitos	639
4. As origens históricas da discussão jurídico-penal sobre o concurso de delitos	640
5. O concurso de crimes e sua relação com a pluralidade de condutas e de resultados.....	642
6. Sistemas de aplicação de penas para hipóteses de concurso de crimes.....	643
6.1 Sistema do cúmulo material	643
6.2 Sistema do cúmulo jurídico.....	643
6.3 Sistema de absorção.....	644
6.4 Sistema de exasperação	644
7. Modalidades de concurso de crimes.....	644
7.1 Concurso material ou real	645
7.2 Concurso formal ou ideal	647
7.2.1 Classificação das hipóteses de concurso formal	648
7.2.1.1 Concurso formal homogêneo e heterogêneo.....	648
7.2.1.2 Concurso formal perfeito e imperfeito	648
7.3 Crime continuado.....	650
7.3.1 Requisitos do crime continuado	651
7.3.1.1 A polêmica questão do elemento subjetivo do crime continuado	654
7.3.2 O crime continuado qualificado	655
7.3.3 Continuidade delitiva e intervenção mínima em delitos de acumulação	656
8. A especial situação da pena de multa	657

CAPÍTULO 20

DA DETERMINAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E DE SUA SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E/OU MULTA.....	658
Introdução	658
1. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade	658
2. Da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.....	660
3. Da substituição da pena privativa de liberdade por multa, alternativa ou cumulada com penas restritivas de direitos	662

4. A questão da aplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade em crimes hediondos e equiparados.....	663
--	-----

CAPÍTULO 21

Os SUBSTITUTIVOS PENAIS.....	669
Introdução	669
1. Os substitutivos penais na legislação brasileira.....	671
2. Sursis ou suspensão condicional da pena	672
2.1 Espécies de sursis e requisitos para sua concessão.....	672
2.1.1 O <i>sursis comum</i> . Conceito e requisitos	672
2.1.2 O <i>sursis</i> especial. Conceito e requisitos	673
2.1.3 Os <i>sursis</i> etário e humanitário. Conceitos e requisitos	673
2.2 As condições do período de provas do sursis.....	675
2.2.1 Condições legais de execução do <i>sursis</i>	675
2.2.2 Condições judiciais de execução do <i>sursis</i>	675
2.3 Formalidades na concessão do <i>sursis</i>	675
2.4 Modificação das condições de execução	676
2.5 Revogação do sursis.....	676
2.5.1 Hipóteses de revogação obrigatória.....	676
2.5.2 Hipóteses de revogação facultativa.....	676
2.6 A prorrogação do sursis	677
2.7 A extinção da pena pelo cumprimento do sursis	677
3. Livramento condicional.....	677
3.1 Espécies de livramento condicional	678
3.1.1 Requisitos gerais.....	678
3.1.2 Requisitos específicos	679
3.2 Condições de execução.....	680
3.3 Formalidades de concessão	680
3.4 Revogação	681
3.4.1 Efeitos da revogação	681
3.5 Extinção da pena pelo cumprimento do livramento condicional	682
4. Substitutivos penais derivados da Lei dos Juizados Especiais Criminais.....	682
4.1 Transação penal	683
4.1.1 Conceito e características.....	683
4.1.2 Requisitos da transação penal	684
4.1.3 Consequências jurídicas da transação e do seu descumprimento.....	685
4.2 Suspensão condicional do processo.....	687
4.2.1 Conceito	688
4.2.2 Requisitos ou pressupostos de concessão.....	688
4.2.3 Condições para a execução da suspensão condicional do processo	690
4.2.4 Revogação da suspensão do processo	690
4.2.5 Extinção da punibilidade.....	691

CAPÍTULO 22

AÇÃO PENAL E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA CONDENAÇÃO	692
Introdução	692
1. Da ação penal.....	693
1.1 Elementos e condições da ação penal.....	694
1.2 Classificação das ações penais quanto à sua iniciativa.....	694
1.2.1 Ação penal de iniciativa pública.....	695
1.2.1.1 Ação penal de iniciativa pública incondicionada.....	696
1.2.1.2 Ação penal de iniciativa pública condicionada.....	696
1.2.2 Ação penal de iniciativa privada	698
1.2.2.1 Ação penal de iniciativa privada exclusiva.....	698
1.2.2.2 Ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública	698
1.2.2.3 O início e extinção da ação penal privada.....	699
1.3 Um caso especial: ação penal de iniciativa pública condicionada ou privada exclusiva.....	700
1.4 Ação penal no crime complexo	701
1.5 Ação penal e concurso de crimes	701
2. Efeitos da sentença penal condenatória.....	702
2.1 Efeitos penais	703
2.2 Efeitos extrapenais.....	703
2.2.1 Efeitos extrapenais genéricos	703
2.2.2 Efeitos extrapenais específicos.....	709
3. A reabilitação	712
3.1 O que é a reabilitação.....	712
3.2 Dos requisitos da reabilitação	714
3.2.1 O prazo de dois anos.....	714
3.2.2 A permanência no país.....	715
3.2.3 O bom comportamento público e privado	715
3.2.4 O ressarcimento do dano	715
3.3 O procedimento de reabilitação.....	716
3.4 A revogação da reabilitação.....	716