

STJ00096977

PAULO CÉSAR BUSATO

# Direito Penal

## Parte Geral

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. – 2013

© 2013 by Editora Atlas S.A.

Capa: Leonardo Hermano  
Composição: Formato Serviços de Editoração Ltda.



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Busato, Paulo César  
Direito penal: parte geral / Paulo César Busato. --  
São Paulo: Atlas, 2013.

Bibliografia.  
ISBN 978-85-224-7976-4

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título.

13-05052  
CDU-343

**Índice para catálogo sistemático:**

1. Direito penal 343

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994,  
de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.  
Rua Conselheiro Nébias, 1384  
Campos Elísios  
01203 904 São Paulo SP  
011 3357 9144  
atlas.com.br

545:982105

# Sumário

*Prefácio*, xxvii

## **1 DIREITO PENAL – NATUREZA E CONTEÚDO, 1**

### **1 O que é o Direito penal, 1**

1.1 Conceito de Direito penal, 1

1.2 Objeto do Direito penal, 5

1.3 Objetivos ou missões do Direito penal, 5

1.3.1 A crítica criminológica, 7

1.3.2 As dicotomias entre as vertentes principais a respeito do tema, 9

1.3.2.1 A missão de reforço dos valores ético-sociais da atitude interna, 10

1.3.2.2 A missão de confirmação do reconhecimento normativo, 12

1.3.2.3 A missão de defesa de bens jurídicos, 14

1.3.2.4 A missão de controle social do intolerável, 15

2 O *jus puniendi* e a questão do Estado, 17

*Referências*, 19

## **2 LIMITES DO CONTROLE SOCIAL PENAL, 22**

Introdução: Princípios. Os limites do Direito penal em um Estado social e democrático de Direito, 22

1 Princípio de legalidade. Um limite formal e básico da composição do Estado de Direito, 27

1.1 Origem histórica, 28

- 1.2 Significados do princípio de legalidade: Político e técnico, 33
  - 1.2.1 Significado e alcance político do princípio de legalidade, 34
  - 1.2.2 Significado e conteúdo técnico do princípio de legalidade, 36
- 1.3 Das garantias individuais derivadas do princípio de legalidade, 38
  - 1.3.1 Garantia criminal (*nullum crimen sine lege*), 39
  - 1.3.2 Garantia penal (*nulla poena sine lege*), 39
  - 1.3.3 Garantia jurisdicional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*), 40
  - 1.3.4 Garantia de execução, 41
- 1.4 Requisitos das normas jurídicas, 42
  - 1.4.1 Reserva absoluta da lei (*lex scripta*), 42
    - 1.4.1.1 Exclusão dos costumes, dos precedentes ou de princípios como fonte de Direito penal incriminador, 43
    - 1.4.1.2 Exclusividade da lei (em sentido estrito), 44
  - 1.4.2 Irretroatividade da lei penal (*lex praevia*), 45
  - 1.4.3 Comando de determinação (*lex certa* e *lex stricta*), 48
    - 1.4.3.1 O comando de determinação em sua vertente legislativa (*lex certa*), 48
    - 1.4.3.2 O comando de determinação em sua vertente judicial. A proibição da analogia (*lex stricta*), 52
- 2 O princípio de intervenção mínima e suas vertentes, 55
  - 2.1 A fragmentariedade, 56
  - 2.2 A subsidiariedade, 59
  - 2.3 Critérios de determinação do princípio de intervenção mínima, 63
  - 2.4 Efeitos do princípio de intervenção mínima, 67
- 3 Princípio da culpabilidade, 71
  - 3.1 Origem do princípio, 72
  - 3.2 Momento atual do princípio de culpabilidade, 76
    - 3.2.1 A origem da crise: determinismo × livre-arbítrio, 77
    - 3.2.2 Uma fraude de etiquetas, 78
    - 3.2.3 As verdadeiras raízes da crise da culpabilidade, 80
    - 3.2.4 Algumas propostas de solução, 84
      - 3.2.4.1 A diferenciação entre culpabilidade jurídica e culpabilidade ética, 84
      - 3.2.4.2 A culpabilidade como limite. A proposta de Roxin, 86
      - 3.2.4.3 A culpabilidade sem reprovação. A proposta de Hassemer, 88
      - 3.2.4.4 A liberdade como fundamento da linguagem jurídica da ação, 90

- 3.2.5 As garantias derivadas do princípio de culpabilidade, 91
  - 3.2.5.1 A responsabilidade pessoal, individual, 92
  - 3.2.5.2 A responsabilidade subjetiva ou culpabilidade em sentido estrito, 94
  - 3.2.5.3 A responsabilidade pelo fato, 95
  - 3.2.5.4 A presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade, 97
  - 3.2.5.5 A individualização da pena, 99

*Referências*, 100

### 3 LIMITAÇÕES DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, 106

Introdução, 106

- 1 A pretensão de validade da lei penal no espaço, 107
  - 1.1 Territorialidade, 107
    - 1.1.1 O princípio de territorialidade, 108
    - 1.1.2 Do conceito de território na lei penal brasileira, 108
  - 1.2 Extraterritorialidade, 109
    - 1.2.1 Hipóteses de extraterritorialidade. A necessidade ou não de submissão a condições prévias, 110
      - 1.2.1.1 A extraterritorialidade incondicionada, 110
      - 1.2.1.2 A extraterritorialidade condicionada, 111
    - 1.2.2 Os princípios relativos à lei penal no espaço, aplicáveis às hipóteses de extraterritorialidade segundo a legislação brasileira, 111
      - 1.2.2.1 Princípio real, de defesa ou de proteção, 111
      - 1.2.2.2 Princípio da nacionalidade ou da personalidade, 112
      - 1.2.2.3 Princípio da universalidade ou cosmopolita, 112
      - 1.2.2.4 Princípio da representação ou bandeira, 112
  - 1.3 Da limitação da aplicação do direito penal brasileiro em face das pessoas. As imunidades, 113
    - 1.3.1 Imunidades diplomáticas, 114
    - 1.3.2 Imunidades parlamentares, 116
      - 1.3.2.1 Imunidade material ou substancial, 116
      - 1.3.2.2 Imunidade formal ou relativa, 117
  - 1.4 Lugar do crime, 118
  - 1.5 A extradição, 119
    - 1.5.1 Espécies de extradição, 120

- 1.5.2 O princípio de reciprocidade e a exigência de Tratado bilateral para a concessão de extradição, 120
- 1.5.3 Condições para a concessão de extradição, 121
- 1.5.4 Vedações à concessão de extradição, 122
- 1.5.5 Procedimento para a extradição, 123
- 2 A pretensão de validade da lei penal no tempo, 124
  - 2.1 A expressão do princípio de legalidade. Critério geral e exceção, 124
  - 2.2 Hipóteses comuns de conflitos de leis penais no tempo, 127
  - 2.3 As leis intermediárias, 128
  - 2.4 Leis temporárias ou excepcionais, 129
  - 2.5 Combinação de leis e normas. O caso da chamada *Lex Tertia*, 131
  - 2.6 Sucessão do complemento da lei penal em branco, 135
  - 2.7 Sucessão de leis processuais penais, 137
  - 2.8 Sucessão de jurisprudência, 140
  - 2.9 O tempo do crime, 144

*Referências*, 147

#### 4 HERMENÊUTICA JURÍDICO-PENAL. AS FONTES DO DIREITO PENAL. A NORMA PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO, 150

Introdução, 150

- 1 Fontes do Direito penal, 150
  - 1.1 Classificações das fontes do Direito penal, 153
- 2 A norma jurídico-penal, 156
  - 2.1 Diferenciação entre norma e lei e seus efeitos na teoria do delito, 156
  - 2.2 Conteúdo e estrutura da norma penal, 159
    - 2.2.1 Conteúdo da norma, 159
      - 2.2.1.1 Breves referências sobre a clássica discussão sobre o fundamento da norma, 159
      - 2.2.1.2 O *sentido* da norma, 168
    - 2.2.2 Estrutura da norma, 172
      - 2.2.2.1 A estrutura das normas em geral, das normas penais e especificamente das normas incriminadoras, 172
      - 2.2.2.2 As técnicas de tipificação próprias do Moderno Direito penal, 176
- 3 A interpretação da lei penal, 187
  - 3.1 Critérios de interpretação, 188
  - 3.2 Formas e técnicas de interpretação, 192
    - 3.2.1 Classificação da interpretação das normas quanto aos sujeitos intérpretes, 192

- 3.2.2 Classificação da interpretação quanto aos meios ou técnicas empregadas, 193
- 3.2.3 Classificação das formas de interpretação quanto ao seu resultado, 195
- 3.3 Analogia e interpretação analógica em matéria normativa jurídico-penal, 195
- 4 Sistematização dos princípios de interpretação, 197
- 5 O concurso aparente de normas penais incriminadoras, 199
- Referências*, 201

## 5 PRESSUPOSTOS ESTRUTURAIS DA TEORIA DO DELITO – AS PRETENSÕES DE VALIDADE DA NORMA PENAL, 206

- 1 O delito, 206
- 2 A instrumentalidade da teoria do delito, 207
- 3 Uma teoria do delito sem terminologia técnica, 208
- 4 A evolução das “gramáticas jurídico-penais”, 213
  - 4.1 A ciência jurídico-penal, 214
  - 4.2 O causal-naturalismo. Um eixo ontológico para a teoria do delito, 219
  - 4.3 O positivismo jurídico, 221
  - 4.4 O neokantismo. Um modelo jurídico valorativo, 223
  - 4.5 O finalismo como expressão do neo-ontologicismo, 227
  - 4.6 O esgotamento do finalismo, 232
    - 4.6.1 A corrosão da base ontológica do finalismo e do causalismo pela crítica criminológica e filosófica, 233
    - 4.6.2 A crise dos fundamentos dogmáticos, 235
  - 4.7 O funcionalismo, 236
    - 4.7.1 O funcionalismo teleológico, 240
    - 4.7.2 O funcionalismo sistêmico, 242
  - 4.8 Principais distinções e aproximações entre o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico, 246
  - 4.9 O modelo de sistema significativo de imputação, 247
    - 4.9.1 A visão significativa do sistema criminal, 250
    - 4.9.2 Uma proposta de organização da teoria do delito, a partir do sistema significativo, 258
- Referências*, 262

## 6 A DIMENSÃO FORMAL DA PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA – TIPO DE AÇÃO OU PRETENSÃO CONCEITUAL DE RELEVÂNCIA, 267

- Introdução, 267

- 1 Conceito e função: a concepção significativa da ação, 268
- 2 O conteúdo do tipo de ação: pressupostos, 270
  - 2.1 A exigência de uma ação, 271
  - 2.2 Hipóteses de ausência de *tipo de ação* por falta de conduta, 277
    - 2.2.1 Coação física irresistível, 278
    - 2.2.2 Os atos reflexos, 282
    - 2.2.3 Estados de inconsciência, 287
  - 2.3 Modalidades de conduta: ação e omissão, 289
  - 2.4 A omissão e suas formas, 291
    - 2.4.1 Crimes omissivos próprios, 291
    - 2.4.2 Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, 292
      - 2.4.2.1 Hipóteses em que a pessoa tenha por lei obrigação de cuidado, dever ou vigilância, 297
      - 2.4.2.2 Hipóteses em que a pessoa de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, 298
      - 2.4.2.3 Hipóteses em que a pessoa, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado, 299
  - 2.5 A exigência da tipicidade formal para a conformação da pretensão conceitual de relevância, 300
    - 2.5.1 Breves apontamentos sobre a origem e a evolução do conceito de tipicidade, 301
    - 2.5.2 Tipicidade indireta, 313
    - 2.5.3 Das funções da pretensão conceitual de relevância (tipicidade formal), 314
    - 2.5.4 Elementos da pretensão conceitual de relevância (tipicidade formal), 315
  - 2.6 A questão do resultado, 316
    - 2.6.1 Classificação dos delitos quanto ao resultado natural, 317
    - 2.6.2 Classificação dos delitos quanto ao resultado jurídico, 317
- 3 A relação entre a classificação dos delitos quanto à ação e a classificação dos delitos quanto ao resultado naturalístico, 319
- 4 Ação, causalidade e imputação objetiva, 320
  - 4.1 A evolução das teorias jurídicas da causalidade, 323
    - 4.1.1 Teoria igualitária: equivalência dos antecedentes, 324
    - 4.1.2 Teorias diferenciadoras: especial referência à causalidade adequada, 326
    - 4.1.3 Alguns recortes sobre a causalidade a partir da linguagem, 330

- 4.2 O papel da causalidade nos modernos sistemas de imputação, 331
- 4.3 A contribuição da teoria da imputação objetiva para o estabelecimento do tipo de ação, 333
  - 4.3.1 Criação do risco não permitido, 338
  - 4.3.2 A realização do risco criado, 340
  - 4.3.3 A relação risco-imputação em face dos tipos de ação, 340

*Referências*, 342

## 7 A DIMENSÃO MATERIAL DA PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA – PRETENSÃO DE OFENSIVIDADE, 347

- 1 Pretensão de ofensividade (tipicidade ou antijuridicidade material), 347
- 2 A evolução do reconhecimento de uma dimensão material do tipo, 349
- 3 Origem e evolução do conceito de bem jurídico-penal e sua relação com a norma penal. Imanentismo ou transcendentalismo?, 353
  - 3.1 Tomada de posição, 362
- 4 Da importância da preservação do bem jurídico como critério de referência para o recorte da intervenção jurídico-penal, 364
  - 4.1 Da mencionada falta de efetividade, 364
  - 4.2 Da imprecisão do conceito de bem jurídico-penal, 366
    - 4.2.1 O problema dogmático. Distinção entre bem jurídico e objeto material do delito, 366
    - 4.2.2 Tendência do conceito de bem jurídico a um perfil abstrato, 368
- 5 A discussão atual sobre a legitimidade da intervenção penal referida a bens jurídicos transindividuais ou coletivos, 371
  - 5.1 O fragmentário panorama atual das tendências sobre a legitimidade ou não da proteção de bens jurídicos coletivos, 376
    - 5.1.1 O desenho atual do monismo personalista, 376
    - 5.1.2 Teoria social ou sociológica dos bens jurídicos, 378
    - 5.1.3 Teoria dos bens jurídicos intermediários, 380
    - 5.1.4 Teoria dos bens jurídicos coletivos autônomos, 381
    - 5.1.5 Referência monista humanista. Uma tomada de posição a respeito dos bens jurídicos coletivos, 381
- 6 A função da pretensão de ofensividade, 386
- 7 Classificação dos delitos quanto ao resultado produzido para os bens jurídicos, 389
- 8 Resumo do tipo de ação, 391

*Referências*, 392

## 8 A PRETENSÃO SUBJETIVA DE ILICITUDE – O DOLO E A IMPRUDÊNCIA, 396

Introdução, 396

- 1 Dolo e imprudência como instâncias de imputação, 397
  - 1.1 A pretensão subjetiva de ilicitude e seus fundamentos no modelo significativo de teoria do delito, 398
- 2 Dolo, 400
  - 2.1 Natureza do dolo. A evolução do ponto de vista ontológico para o dolo normativo-significativo, 400
    - 2.1.1 As superadas teorias ontológicas do dolo, 401
    - 2.1.2 As teorias normativas do dolo, 404
  - 2.2 Os elementos do dolo, 411
    - 2.2.1 O elemento intelectual, 412
    - 2.2.2 O elemento volitivo, 414
  - 2.3 Das espécies de dolo, 417
    - 2.3.1 Dolo direto de primeiro grau, 420
    - 2.3.2 Dolo direto de segundo grau, 420
    - 2.3.3 Dolo eventual, 421
- 3 O crime imprudente, 422
  - 3.1 Breve evolução da discussão sobre o fundamento de punibilidade do delito imprudente, 424
  - 3.2 O conteúdo do ilícito imprudente e o momento de análise da imprudência na teoria do delito, 431
  - 3.3 A regulamentação jurídica da imprudência no Código Penal, 433
  - 3.4 Os elementos do ilícito imprudente. As etapas de identificação da violação do dever de cuidado, 434
    - 3.4.1 Primeira etapa. O dever geral de cuidado objetivo. Correspondência ao tipo de ação, 437
    - 3.4.2 O dever subjetivo de cuidado como instância subjetiva da pretensão de ilicitude, 438
  - 3.5 Das diferentes categorias de imprudência. Imprudência grave ou leve *versus* imprudência consciente e inconsciente, 440
  - 3.6 Concorrência e compensação de imprudências, 441
- 4 Os limites entre o dolo e a imprudência, 442
  - 4.1 As clássicas teorias da vontade (*Willenstheorien*) e teorias da representação (*Vorstellungstheorien*), 442
    - 4.1.1 Teorias intelectivas ou cognitivas, 443
    - 4.1.2 Teorias volitivas, 446

4.1.3 A categoria intermediária. Proposta de aproximação da *Recklessness?*, 449

4.2 O modelo significativo e a separação entre dolo e imprudência, 450

5 Crimes preterdolosos e crimes qualificados pelo resultado. A combinação dolo/imprudência, 453

*Referências*, 455

## 9 A PRETENSÃO OBJETIVA DE ILICITUDE – INSTÂNCIAS NORMATIVAS PERMISSIVAS, 460

Introdução, 460

1 Origem e desenvolvimento do estudo da antijuridicidade ou pretensão normativa de ilicitude, 462

1.1 Injusto e antijuridicidade, 463

1.2 Antijuridicidade como essência do delito ou elemento de sua composição, 465

1.3 A concepção material do injusto como violação do bem jurídico e sua situação na teoria do delito, 468

1.4 O sistema significativo e a pretensão de ilicitude, 470

2 Permissões fortes (causas legais de justificação), 471

2.1 O estado de necessidade, 472

2.1.1 Evolução histórica, 472

2.1.2 Estado de necessidade, moral e direito, 473

2.1.3 Requisitos do estado de necessidade, 474

2.1.3.1 A situação justificante, 474

2.1.3.2 A conduta justificada, 478

2.1.4 Posições especiais de dever e a exclusão do estado de necessidade, 481

2.1.5 Estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante, 482

2.2 Legítima defesa, 487

2.2.1 Generalidades, 487

2.2.2 Requisitos da legítima defesa, 488

2.2.2.1 A situação justificante da legítima defesa, 488

2.2.2.2 A conduta justificada, 493

2.2.3 Legítima defesa real, putativa, sucessiva e recíproca e outras questões terminológicas, 498

2.3 Estribo cumprimento do dever legal, 499

2.3.1 O elemento subjetivo no cumprimento do dever, 501

2.4 Exercício regular de direito, 501

- 3 Permissões fracas (causas legais de exculpação e causas supralegais de justificação ou exculpação), 502
  - 3.1 Causas legais de exculpação. Os limites de exigibilidade de comportamento conforme o direito, 503
    - 3.1.1 Origem e desenvolvimento do tema, 504
    - 3.1.2 Situações de inexigibilidade de conduta conforme o direito no ordenamento positivo brasileiro, 505
  - 3.2 Causas supralegais de justificação e exculpação. Especial referência ao consentimento do ofendido, 509
    - 3.2.1 Consentimento do ofendido, 510
      - 3.2.1.1 Da validade jurídico-penal do consentimento, 514
      - 3.2.2 Outras causas supralegais de justificação e/ou exculpação, 516
- 4 Breves comentários sobre a justificação procedimental, 518  
*Referências*, 519

## 10 A PRETENSÃO DE REPROVAÇÃO – CULPABILIDADE, 522

- 1 Introdução, 522
- 2 Conceito de culpabilidade, 523
- 3 Das distintas acepções do termo *culpabilidade*, 523
  - 3.1 Culpabilidade como princípio, 524
  - 3.2 A culpabilidade como limite da pena, 525
  - 3.3 Culpabilidade como elemento do delito, 526
- 4 Evolução do conceito de culpabilidade, 528
  - 4.1 Conceito psicológico de culpabilidade, 529
  - 4.2 Conceito psicológico-normativo de culpabilidade, 533
  - 4.3 Conceito normativo puro de culpabilidade, 537
  - 4.4 Tendências da culpabilidade no pós-finalismo, 540
    - 4.4.1 A *atributividade* de Maurach, 541
    - 4.4.2 A *responsabilidade* do funcionalismo teleológico de Roxin, 542
    - 4.4.3 A culpabilidade funcionalizada normativamente. A tese de Jakobs, 543
    - 4.4.4 O *déficit de lealdade ao Direito* de Kindhäuser, 547
    - 4.4.5 Os condicionamentos sociais e o conceito dialético de culpabilidade, 551
    - 4.4.6 A ideia de coculpabilidade e a vulnerabilidade do sujeito culpável, 552
  - 4.5 A culpabilidade como pretensão de reprovação, 554
- 5 Estrutura, 557

- 5.1 Imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, 557
  - 5.1.1 Sistemas de aferição, 559
  - 5.1.2 A exclusão da imputabilidade por menoridade, 559
  - 5.1.3 A exclusão da imputabilidade por doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, 561
  - 5.1.4 A responsabilidade penal diminuída. Uma ficção para justificar a punibilidade indemonstrada, 562
  - 5.1.5 Emoção e paixão (um contra-critério), 564
  - 5.1.6 Embriaguez, 566
- 5.2 Potencial consciência da ilicitude ou conhecimento do injusto, 569
  - 5.2.1 Objeto do conhecimento, 570
  - 5.2.2 A falta de potencial consciência da ilicitude e seus efeitos, 573

*Referências, 574*

## **11 A NECESSIDADE DE PENA – PRETENSÃO DE PUNIBILIDADE, 578**

- 1 Pretensão de punibilidade. Conceito e delimitação da categoria, 578
- 2 As causas de exclusão da pretensão de punibilidade, 583
  - 2.1 Causas gerais de exclusão da pretensão de punibilidade, 585
    - 2.1.1 Causas gerais legais de exclusão da pretensão de punibilidade, 585
    - 2.1.2 Causa geral supralegal de exclusão da punibilidade. O fundamento da pena, 600
  - 2.2 Causas especiais de exclusão da pretensão de punibilidade, 601
    - 2.2.1 O perdão do ofendido, 601
    - 2.2.2 A retratação do agente, nos casos em que a lei o admite, 602
    - 2.2.3 Escusas absolutórias, 603
    - 2.2.4 A sentença de quebra, concessiva de recuperação judicial ou extrajudicial nos crimes falimentares, 604
- 3 Requisitos de persecução, 607
  - 3.1 Renúncia do direito de queixa nos crimes de ação penal privada, 607
  - 3.2 Ausência ou retratação da representação nos crimes de ação penal pública condicionada, 607
  - 3.3 Decadência, 608
  - 3.4 Perempção, 608
- 4 Incidentes processuais afilivos da execução da pena, 609
  - 4.1 Anistia, 610
  - 4.2 Graça, 611
  - 4.3 Indulto e comutação de pena, 612

4.4 Prescrição da pretensão executória, 612

4.5 Prescrição retroativa, 614

*Referências*, 617

## 12 A TEORIA DO ERRO, 620

1 Introdução. A metodologia do estudo do erro em Direito penal, 620

2 Um ponto de partida inafastável. O desvalor da conduta equivocada, 622

3 Breve histórico da tratativa do erro em Direito penal, 623

3.1 Antecedentes às teorias do dolo, 625

3.2 Teoria estrita, extrema, ou extremada do dolo, 626

3.3 Teoria limitada do dolo, 628

3.4 Teoria estrita da culpabilidade, 632

3.5 Teoria limitada da culpabilidade, 633

3.6 A teoria da afetação da consciência da ilicitude. Uma proposta de *lege ferenda*, 635

4 Das modalidades de erro, 639

4.1 Do erro de tipo. O erro incidente sobre elementos da pretensão conceitual de relevância, 639

4.1.1 Do erro sobre elementos normativos do tipo, 641

4.1.2 Do erro mandamental, 642

4.2 Do erro de proibição. O erro incidente sobre o conhecimento da ilicitude como pretensão de reprovabilidade, 643

4.3 O erro incidente sobre as permissões. As discriminantes putativas, 645

4.3.1 O caso dos erros incidentes sobre as circunstâncias fáticas das permissões fracas, 646

5 Um filtro interpretativo geral das hipóteses de erro: a escusabilidade, 647

5.1 Escusabilidade e dever de informação, 648

6 Do erro accidental, 650

6.1 Do erro sobre o objeto, 651

6.2 Do erro sobre a pessoa, 651

6.3 Do *aberratio ictus*, 652

6.4 Do *aberratio criminis*, 653

7 O delito putativo por erro de tipo ou erro de proibição, 653

8 O erro provocado por terceiro, 654

*Referências*, 654

## 13 TENTATIVA DE DELITO, 658

1 Introdução, 658

2 Breve evolução histórica e conceito, 658

- 3 Os limites da tentativa, 660
    - 3.1 As teorias sobre a separação entre atos preparatórios e atos de execução, 660
      - 3.1.1 Teoria negativa, 661
      - 3.1.2 Teoria subjetiva pura, 661
      - 3.1.3 Teorias objetivas, 662
        - 3.1.3.1 Teoria objetivo-formal, 663
        - 3.1.3.2 Teoria objetivo-material, 663
        - 3.1.3.3 Teoria objetivo-individual ou objetivo-subjetiva, 664
  - 4 Tipicidade da tentativa, 667
    - 4.1 Tentativa e conduta, 668
    - 4.2 Elemento subjetivo do ilícito tentado, 671
  - 5 Fundamento de punibilidade da tentativa, 674
    - 5.1 Teses objetivas, 675
    - 5.2 Teses subjetivas, 676
    - 5.3 Teorias subjetivo-objetivas, 677
    - 5.4 Teoria da impressão, 678
    - 5.5 Uma proposta de fundamentação significativa da tentativa de delito, 681
  - 6 Tentativa inidônea, 683
  - 7 Desistência da tentativa, 685
    - 7.1 Desistência voluntária, 686
    - 7.2 Arrependimento eficaz, 687
      - 7.2.1 A necessidade de eficácia do arrependimento do partícipe, 688
    - 7.3 Arrependimento posterior, 689
- Referências, 689*

## 14 OS SUJEITOS DO DELITO – AUTORIA E PARTICIPAÇÃO, 693

### Introdução, 693

- 1 Sujeito ativo, 693
  - 1.1 Delimitação, 693
  - 1.2 Classificação dos delitos segundo o sujeito ativo, 694
  - 1.3 Requisitos do concurso de pessoas, 695
    - 1.3.1 Requisitos objetivos, 695
    - 1.3.2 Requisito subjetivo, 696
      - 1.3.2.1 O desvio subjetivo em hipóteses de concurso de pessoas, 697
      - 1.3.2.2 A limitação da comunicabilidade das circunstâncias e condições pessoais, 698

- 1.4 Autoria e participação, 701
    - 1.4.1 Sistemas diferenciadores e unitários, 702
    - 1.4.2 Teorias diferenciadoras utilizadas para a identificação do autor, 705
      - 1.4.2.1 Teoria subjetiva, 705
      - 1.4.2.2 Teoria objetivo-formal, 707
      - 1.4.2.3 Teoria do domínio do fato, 708
  - 1.5 Classificação das distintas formas de autoria, 712
    - 1.5.1 A autoria única direta ou mediata, 712
    - 1.5.2 A autoria mediata, 712
      - 1.5.2.1 Autoria mediata e culpabilidade, 713
      - 1.5.2.2 Autoria mediata e erro, 713
      - 1.5.2.3 Autoria mediata com executor responsável. O autor detrás do autor. A questão dos aparatos de poder organizados, 714
      - 1.5.2.4 A autoria mediata e os crimes próprios e de mão própria, 717
      - 1.5.2.5 Autoria mediata e crimes imprudentes, 717
    - 1.5.3 A coautoria, 719
      - 1.5.3.1 A coautoria em crimes imprudentes, 719
      - 1.5.3.2 Coautoria e crimes especiais ou próprios, 721
      - 1.5.3.3 Coautoria e crime omissivo, 722
    - 1.5.4 Autoria incerta e colateral, 723
  - 1.6 Conceito e natureza da participação, 724
    - 1.6.1 Limites da acessoriedade da participação em face do *iter criminis*, 725
  - 1.7 Classificação da participação, 726
    - 1.7.1 Participação moral. Induzimento e instigação, 726
    - 1.7.2 Participação material. A cumplicidade ou auxílio, 727
    - 1.7.3 Formas excepcionais de participação, 728
    - 1.7.4 Participação e elemento subjetivo, 728
    - 1.7.5 Participação e omissão, 730
    - 1.7.6 Participação em crime próprio, 731
  - 1.8 Autoria, participação e responsabilidade penal de pessoa jurídica, 731
  - 2 Sujeito passivo do delito, 736
    - 2.1 A vitimologia e a vitimodogmática, 737
- Referências, 741

**15 FUNDAMENTOS DISCURSIVOS DO CASTIGO, 744**

- 1 Introdução, 744
- 2 Os discursos a respeito do fundamento da pena, 750
  - 2.1 As teorias absolutas. O retribucionismo, 750
    - 2.1.1 Generalidades, 750
    - 2.1.2 Exponentes da Teoria Retributiva da pena, 751
      - 2.1.2.1 A concepção retributiva da pena em Kant, 752
      - 2.1.2.2 A concepção retributiva da pena em Hegel, 752
      - 2.1.2.3 Outros expoentes do retribucionismo, 753
    - 2.1.3 Comentários críticos ao retribucionismo, 755
  - 2.2 Teorias relativas. A prevenção, 758
    - 2.2.1 Prevenção geral (negativa), 759
    - 2.2.2 Comentários críticos sobre a prevenção geral negativa, 760
    - 2.2.3 Prevenção especial (positiva e negativa), 763
    - 2.2.4 Comentários críticos sobre a prevenção especial, 767
  - 2.3 Teorias mistas ou da união. A pena como prevenção e retribuição, 770
    - 2.3.1 Linhas gerais, 770
    - 2.3.2 Comentários críticos às teorias mistas, 775
- 3 A prevenção geral positiva. Os modelos derivados das concepções sociológico-funcionalistas, 778
  - 3.1 Os modelos funcionalistas de prevenção geral positiva, 782
    - 3.1.1 Prevenção geral positiva fundamentadora, 782
    - 3.1.2 Prevenção geral positiva desde postulados garantistas (limitadora), 785
    - 3.1.3 Comentários críticos sobre a prevenção geral positiva, 788
- 4 O discurso criminológico da pena, 791
  - 4.1 Teoria materialista/dialética, 792
  - 4.2 Teoria negativa/agnóstica, 794
  - 4.3 Considerações críticas sobre as teorias criminológicas da pena, 797
- 5 Considerações finais sobre os fins e missões das consequências jurídicas do delito, 806
  - 5.1 Os reflexos da adoção dessa perspectiva na questão da prisão processual, 812

*Referências*, 814

**16 AS MODALIDADES DE PENA NO DIREITO BRASILEIRO, 818**

Introdução, 818

- 1 O sistema de consequências jurídicas do ilícito punível. A pena e a medida de segurança no Direito penal brasileiro positivo, 819
  - 1.1 A limitação da aplicação das consequências jurídicas do delito pela culpabilidade, 821
  - 1.2 Os fundamentos da pena e da medida de segurança, 822
- 2 Das penas. Uma breve evolução histórica da pena como instrumento de controle social, 823
  - 2.1 Os antecedentes da prisão, 823
  - 2.2 A penitenciária moderna, 827
    - 2.2.1 Os modelos de Filadélfia e Auburn, 828
    - 2.2.2 O Sistema Progressivo ou Irlandês, 829
  - 2.3 Os sistemas prisionais no Brasil, 830
  - 2.4 Privatização de presídios e indústria do encarceramento, 832
- 3 Das modalidades de pena existentes atualmente no Brasil, 834
  - 3.1 Penas privativas de liberdade, 834
  - 3.2 Penas restritivas de direitos, 836
    - 3.2.1 Requisitos (art. 44 do Código Penal), 837
    - 3.2.2 Modalidades, 837
  - 3.3 Penas de multa, 840
    - 3.3.1 Origem, 841
    - 3.3.2 Tipos de penas pecuniárias, 842
    - 3.3.3 Características da pena de multa, 842
    - 3.3.4 O sistema dos dias-multa, 843

*Referências*, 844

## 17 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA, 846

- 1 Origens e desenvolvimento, 846
- 2 Conceito, 850
- 3 Presença na legislação penal, 850
- 4 Periculosidade social frente à periculosidade criminal. A crise das medidas de segurança, 852
- 5 Pressupostos e fundamentos das medidas de segurança pós-delituais, 854
  - 5.1 As exigências dogmáticas de realização de um tipo de ação com pretensão de ilicitude (fato típico e antijurídico), 854
    - 5.1.1 A questão das permissões antecipatórias da verificação da pretensão de reprovação, 855
  - 5.2 A concorrência da periculosidade criminal como fundamento da medida de segurança, 857

- 6 Garantias que revestem a regulação das medidas de segurança, 858
  - 6.1 Legalidade das medidas de segurança, 859
  - 6.2 Jurisdicionalidade da aplicação das medidas de segurança, 859
  - 6.3 Garantia de execução das medidas de segurança, 860
  - 6.4 Periculosidade criminal como fundamento das medidas de segurança, 860
  - 6.5 Culpabilidade como leme das medidas de segurança, 861
- 7 Espécies, 863
- 8 Prazo de duração, 865
- 9 Execução, suspensão e extinção, 866
- 10 Substituição de pena por medida de segurança, 866
- 11 Prescrição, 867
- Referências*, 868

## 18 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, 870

Introdução, 870

- 1 O método legal, 872
  - 1.1 Circunstâncias judiciais. A fixação da pena-base, 872
    - 1.1.1 A culpabilidade, 876
    - 1.1.2 Os antecedentes, 877
    - 1.1.3 Conduta social, 880
    - 1.1.4 Personalidade, 880
    - 1.1.5 Motivos, 882
    - 1.1.6 Circunstâncias, 884
    - 1.1.7 Consequências, 884
  - 1.2 O cômputo das circunstâncias judiciais, 886
- 2 Circunstâncias legais agravantes e atenuantes, 888
  - 2.1 Das circunstâncias agravantes genéricas, 889
    - 2.1.1 A reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal), 890
    - 2.1.2 Motivo fútil ou torpe (art. 61, inciso II, alínea *a*, do Código Penal), 892
    - 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), 893
    - 2.1.4 Utilização de recursos que dificultam ou impossibilitam a defesa do ofendido (art. 61, inciso II, alínea *c*, do Código Penal), 893
    - 2.1.5 Meios insidiosos ou cruéis, ou dos quais possa resultar perigo comum (art. 61, inciso II, alínea *d*, do Código Penal), 894

- 2.1.6 Crime praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (art. 61, inciso II, alínea *e*, do Código Penal), 895
  - 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), 895
  - 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), 897
  - 2.1.9 Crime cometido contra maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, inciso II, alínea *h*, do Código Penal), 898
  - 2.1.10 Ofendido sob imediata proteção da autoridade (art. 61, inciso II, alínea *i*, do Código Penal), 899
  - 2.1.11 Situação de calamidade pública ou desgraça particular do ofendido (art. 61, inciso II, alínea *j*, do Código Penal), 899
  - 2.1.12 Em estado de embriaguez preordenada (art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal), 900
  - 2.1.13 Das agravantes no concurso de pessoas, 900
  - 2.2 Das circunstâncias atenuantes genéricas, 902
    - 2.2.1 Menores de 21 anos e maiores de 70 anos (art. 65, inciso I, do Código Penal), 902
    - 2.2.2 Desconhecimento da lei (art. 65, inciso II, do Código Penal), 903
    - 2.2.3 Motivo de relevante valor social ou moral (art. 65, inciso III, alínea *a*, do Código Penal), 903
    - 2.2.4 Arrependimento ineficaz (art. 65, inciso III, alínea *b*, do Código Penal), 904
    - 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), 904
    - 2.2.6 Confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal), 905
    - 2.2.7 Crime for cometido sob influência de multidão em tumulto (art. 65, inciso III, alínea *e*, do Código Penal), 907
    - 2.2.8 Cláusula aberta (art. 66 do Código Penal), 907
  - 3 Alteradores especiais da pena. Causas de aumento e de diminuição, 907
    - 3.1 Causas de aumento, 908
    - 3.2 Causas de diminuição, 908
    - 3.3 Cômputo das causas de aumento e diminuição, 909
  - 4 Da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 911
- Referências*, 913

## 19 O CONCURSO DE CRIMES, 915

- 1 Introdução, 915
  - 2 A polêmica sobre a natureza jurídica do concurso de delitos, 915
  - 3 As origens históricas da discussão jurídico-penal sobre o concurso de delitos, 917
  - 4 O concurso de crimes e sua relação com a pluralidade de condutas e de resultados, 920
  - 5 Sistemas de aplicação de penas para hipóteses concurso de crimes, 922
    - 5.1 Sistema do cúmulo material, 922
    - 5.2 Sistema do cúmulo jurídico, 923
    - 5.3 Sistema de absorção, 923
    - 5.4 Sistema de exasperação, 923
  - 6 Modalidades de concurso de crimes, 924
    - 6.1 Concurso material ou real, 925
    - 6.2 Concurso formal ou ideal, 927
      - 6.2.1 Classificação das hipóteses de concurso formal, 928
        - 6.2.1.1 Concurso formal homogêneo e heterogêneo, 929
        - 6.2.1.2 Concurso formal perfeito e imperfeito, 929
    - 6.3 Crime continuado, 932
      - 6.3.1 Requisitos do crime continuado, 933
        - 6.3.1.1 A polêmica questão do elemento subjetivo do crime continuado, 937
      - 6.3.2 O crime continuado qualificado, 940
      - 6.3.3 Continuidade delitiva e intervenção mínima em delitos de acumulação, 940
  - 7 A especial situação da pena de multa, 941
- Referências*, 942

## 20 OS SUBSTITUTIVOS PENAIIS, 944

### Introdução, 944

- 1 Os substitutivos penais na legislação brasileira, 948
- 2 *Sursis* ou suspensão condicional da pena, 948
  - 2.1 Espécies de *sursis* e requisitos para sua concessão, 949
    - 2.1.1 O *sursis* comum. Conceito e requisitos, 949
    - 2.1.2 O *sursis* especial. Conceito e requisitos, 950
    - 2.1.3 Os *sursis* etário e humanitário. Conceitos e requisitos, 951
  - 2.2 As condições do período de provas do *sursis*, 953
    - 2.2.1 Condições legais de execução do *sursis*, 953

- 2.2.2 Condições judiciais de execução do *sursis*, 953
- 2.3 Formalidades na concessão do *sursis*, 954
- 2.4 Modificação das condições de execução, 954
- 2.5 Revogação do *sursis*, 954
  - 2.5.1 Hipóteses de revogação obrigatória, 955
  - 2.5.2 Hipóteses de revogação facultativa, 956
- 2.6 A prorrogação do *sursis*, 956
- 2.7 A extinção da pena pelo cumprimento do *sursis*, 956
- 3 Livramento condicional, 957
  - 3.1 Espécies de livramento condicional, 957
    - 3.1.1 Requisitos gerais, 958
    - 3.1.2 Requisitos específicos, 959
  - 3.2 Condições de execução, 960
  - 3.3 Formalidades de concessão, 961
  - 3.4 Revogação, 961
    - 3.4.1 Efeitos da revogação, 963
  - 3.5 Extinção da pena pelo cumprimento do livramento condicional, 963
- 4 Substitutivos penais derivados da Lei dos Juizados Especiais Criminais, 964
  - 4.1 Transação penal, 965
    - 4.1.1 Conceito e características, 965
    - 4.1.2 Requisitos da transação penal, 966
    - 4.1.3 Consequências jurídicas da transação e do seu descumprimento, 968
  - 4.2 Suspensão condicional do processo, 971
    - 4.2.1 Conceito, 972
    - 4.2.2 Requisitos ou pressupostos de concessão, 973
    - 4.2.3 Condições para a execução da suspensão condicional do processo, 975
    - 4.2.4 Revogação da suspensão do processo, 976
    - 4.2.5 Extinção da punibilidade, 976

*Referências*, 976

## 21 AÇÃO PENAL E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA CONDENAÇÃO, 979

Introdução, 979

- 1 Da ação penal, 980
  - 1.1 Elementos e condições da ação penal, 982
  - 1.2 Classificação das ações penais quanto à sua iniciativa, 983

- 1.2.1 Ação penal de iniciativa pública, 983
  - 1.2.1.1 Ação penal de iniciativa pública incondicionada, 985
  - 1.2.1.2 Ação penal de iniciativa pública condicionada, 985
- 1.2.2 Ação penal de iniciativa privada, 988
  - 1.2.2.1 Ação penal de iniciativa privada exclusiva, 989
  - 1.2.2.2 Ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, 989
  - 1.2.2.3 O início e extinção da ação penal privada, 990
- 1.3 Um caso especial: ação penal de iniciativa pública condicionada ou privada exclusiva, 992
- 1.4 Ação penal no crime complexo, 993
- 1.5 Ação penal e concurso de crimes, 993
- 2 Efeitos da sentença penal condenatória, 994
  - 2.1 Efeitos penais, 994
  - 2.2 Efeitos extrapenais, 995
    - 2.2.1 Efeitos extrapenais genéricos, 995
    - 2.2.2 Efeitos extrapenais específicos, 999
- 3 A reabilitação, 1001
  - 3.1 O que é a reabilitação, 1001
  - 3.2 Dos requisitos da reabilitação, 1004
    - 3.2.1 O prazo de dois anos, 1004
    - 3.2.2 A permanência no país, 1005
    - 3.2.3 O bom comportamento público e privado, 1005
    - 3.2.4 O ressarcimento do dano, 1006
  - 3.3 O procedimento de reabilitação, 1007
  - 3.4 A revogação da reabilitação, 1007

*Referências*, 1008

*Bibliografia geral*, 1011