

Rodrigo Pardal

Manual de

Direito Penal

Parte Geral

SOBRE O AUTOR

RODRIGO FRANCISCONI COSTA PARDAL

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público – ESMP e pela Universidade de Salamanca, Espanha. Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Assistente jurídico em segunda instância do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. Professor de Direito Penal na Escola Paulista de Direito e na PUC-Campinas.

APRESENTAÇÃO

A presente obra mantém o escopo de trazer ao estudante o acesso à parte geral do Direito Penal de modo sucinto, porém sem perder a densidade que certos temas demandam, valendo-se, sempre que possível, do recurso à fonte direta, sem a citação indireta, o que facilita a seriedade na abordagem dos assuntos mais complexos.

Referido manual se dirige tanto ao aluno que está na graduação, quanto àquele que se prepara para os mais diversos certames, mormente porque até o fechamento da edição os julgados mais relevantes dos informativos, tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal, constam deste manual.

Espero que o livro consiga contribuir para o aprendizado da parte geral do Direito Penal.

Abraços.

Rodrigo Pardal

SUMÁRIO

Sobre o autor	V
Apresentação	VII
Capítulo 1 – Conceitos de direito penal.....	1
1.1. Expansão e velocidades do Direito Penal.....	3
1.1.1. Existe a quarta velocidade?	6
Capítulo 2 – Sistemas de política criminal	9
2.1. Lei e ordem	11
2.1.1. Origem.....	11
2.1.2. Experiência em Nova Iorque.....	12
2.1.3. Análise crítica	13
2.2. Garantismo penal.....	15
2.2.1. Dez axiomas (desenvolvidos nos capítulos VII a IX da obra de Ferrajoli)	19
2.2.2. Garantismo penal integral e garantismo hiperbólico monocular.....	20
2.3. Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo	21
2.4. Direito Penal do inimigo	21
2.4.1. Críticas (a partir de Manuel Cancio Meliá)	22
2.5. Abolicionismo	23
2.5.1. Abolicionismo de Nils Christie.....	23
2.5.2. Abolicionismo de Thomas Mathiesen	24
2.5.3. Abolicionismo de Louk Hulsman.....	25
2.5.4. Abolicionismo de Evguiéni Pachukanis.....	26
2.6. Questões	29
Capítulo 3 – Princípios.....	33
3.1. Princípio da legalidade	35
3.2. Princípio da intervenção mínima	41
3.2.1. Princípio da subsidiariedade ou <i>ultima ratio</i>	41
3.2.2. Princípio da fragmentariedade	42
3.3. Princípio da culpabilidade	43
3.4. Adequação social.....	44
3.5. Princípio da insignificância/bagatela.....	46
3.6. Princípio da ofensividade ou lesividade.....	57
3.7. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos	58
3.8. Princípio da humanidade das penas.....	59
3.9. Princípio da individualização da pena.....	62
3.10. Princípio da proporcionalidade	63
3.11. Princípio da personalidade ou intranscendência.....	64

3.12. Princípio da alteridade.....	67
3.13. Questões	69
Capítulo 4 – Lei Penal no tempo.....	73
4.1. Premissa.....	75
4.2. Retroatividade da lei penal benéfica	75
4.3. Irretroatividade da lei posterior prejudicial ou ultra-atividade da lei anterior benéfica.....	77
4.4. Crime permanente e conflito de leis no tempo.....	77
4.5. Crime continuado e lei no tempo	77
4.5.1. Sucessão de leis penais	77
4.5.2. Combinação de leis	78
4.5.3. Leis intermitentes (excepcional e temporária) (art. 3º do CP).....	78
4.5.4. Norma penal em branco.....	79
4.5.4.1. Classificação.....	79
4.5.5. Tempo do crime (art. 4º).....	80
4.6. Questões	81
Capítulo 5 – Lei Penal no espaço	83
5.1. Lugar do crime (art. 6º do CP)	85
5.2. Territorialidade da lei penal (art. 5º)	85
5.3. Tratamento dado a navios e aeronaves (art. 5º, §§ 1º e 2º).....	86
5.4. Extraterritorialidade (art. 7º do CP)	86
5.4.1. Extraterritorialidade incondicionada (inciso I e § 1º).....	87
5.4.2. Extraterritorialidade condicionada (inciso II, §§ 2º e 3º).....	87
5.4.3. Princípios relacionados	87
5.4.4. Aplicação dos princípios ao CP.....	87
5.5. Pena cumprida no estrangeiro (art. 8º)	88
5.6. Art. 9º – eficácia de sentença estrangeira	89
5.7. Questões	90
Capítulo 6 – Conflito aparente de normas penais.....	93
6.1. Especialidade	95
6.2. Subsidiariedade	95
6.3. Absorção ou consunção	96
6.3.1. <i>Post factum</i> impunível.....	97
6.4. Alternatividade.....	97
6.5. Questões	98
Capítulo 7 – Infração penal	101
7.1. Crimes (delitos) x contravenções (Dec.-lei nº 3.688/1941):.....	103
7.2. Sujeitos relacionados ao crime	104
7.2.1. Sujeito ativo	104
7.2.2. Classificação do crime quanto ao sujeito ativo.....	104

7.2.3. Sujeito passivo.....	104
7.3. Questões	105
Capítulo 8 – Escolas penais	109
8.1. Introdução	111
8.2. Marquês de Beccaria	112
8.3. Escola Clássica	114
8.3.1. Escola Clássica Italiana.....	116
8.3.1.1. Carmignani.....	116
8.3.1.2. Pelegrino Rossi.....	117
8.3.1.3. Romagnosi.....	117
8.3.1.4. Francesco Carrara.....	118
8.3.2. Escola Clássica alemã.....	120
8.3.2.1. Feuerbach.....	120
8.4. Escola Positiva	121
8.4.1. Cesare Lombroso.....	123
8.4.2. Enrico Ferri.....	125
8.4.3. Rafael Garofalo.....	127
8.5. As Terceiras Escolas (eccléticas, mistas ou positivismo crítico)	129
8.5.1. A Terza Scuola italiana.....	129
8.5.2. A Escola Moderna Alemã (Liszt).....	130
8.6. Escola Tecniciста.....	132
8.7. Escola Correccionalista	133
8.8. A Defesa Social	135
8.9. A Nova Defesa Social.....	136
8.10. Questões	137
Capítulo 9 – Evolução dos sistemas penais	139
9.1. Causalismo.....	141
9.2. Neokantismo	144
9.3. Finalismo	149
9.4. Teorias sociais da ação	153
9.5. Funcionalismo teleológico-racional ou moderado	155
9.6. Funcionalismo sistêmico ou radical	161
9.7. Funcionalismo redutor	164
9.8. Teoria da ação significativa	170
9.9. Teoria da ação performática.....	174
9.10. Questões	177
Capítulo 10 – Conduta	179
10.1. Introdução	181
10.2. Causal-naturalismo (Franz von Liszt e Ernst Beling).....	181
10.3. Neokantismo (Edmund Mezger).....	181
10.4. Finalismo (Hans Welzel)	182

10.5. Funcionalismo teleológico-racional (Claus Roxin)	182
10.6. Funcionalismo sistêmico (Günther Jakobs)	182
10.7. Teoria da ação significativa (Vivés Antón e Paulo César Busato no Brasil)	183
10.8. Ausência de conduta	183
10.9. Delitos de posse.....	184
10.10. Formas de conduta	185
10.10.1. Ação.....	185
10.10.2. Omissão.....	185
10.10.2.1. Omissivos próprios ou puros.....	185
10.10.2.2. Omissivos impróprios, impuros ou espúrios	185
10.11. Questões	188
Capítulo 11 – Nexo causal	191
11.1. Teorias	193
11.1.1. Equivalência dos antecedentes ou <i>conditio sine qua non</i> (criada por Julius Glaser e difundida por Von Buri)	193
11.1.2. Causalidade adequada (Von Kries)	193
11.1.3. Teoria da relevância jurídica (Mezger).....	194
11.1.4. Condição INUS ou causalidade mínima.....	194
11.2. Exceção à teoria da equivalência dos antecedentes (art. 13, § 1º).....	200
11.3. Classificação das causas	200
11.4. Questões especiais (hipóteses nas quais a teoria da equivalência dos antecedentes não resolve e se faz necessário adotar outro critério)	202
11.5. Questões	203
Capítulo 12 – Resultado.....	205
12.1. Conceito e espécies	207
12.2. Classificação quanto ao resultado naturalístico	207
12.2.1. Material.....	207
12.2.2. Formal ou de consumação antecipada	207
12.2.3. Mera conduta ou de simples atividade.....	207
12.3. Questões	208
Capítulo 13 – Tipicidade	211
13.1. Evolução do tipo e da tipicidade.....	213
13.2. Bem jurídico: noções.....	213
13.3. Tipicidade objetiva	216
13.3.1. <i>Iter criminis</i>	216
13.3.2. Tentativa.....	218
13.3.2.1. Espécies de tentativa.....	219
13.3.2.2. Infrações penais que não admitem tentativa.....	220
13.3.3. Desistência voluntária e arrependimento eficaz	221
13.3.4. Arrependimento posterior	224
13.3.5. Crime impossível.....	226

13.4. Tipicidade subjetiva	228
13.4.1. Dolo	228
13.4.1.1. O que é teoria da cegueira deliberada (<i>Willful Blindness</i>)?	234
13.4.2. Culpa.....	235
13.4.3. Teoria do erro.....	237
13.4.4. Preterdolo	243
13.5. Questões	244
Capítulo 14 – Imputação objetiva	247
14.1. Introdução	249
14.2. “Primeiras” teorias da imputação objetiva	249
14.2.1. Karl Larenz.....	249
14.2.2. Richard Honig.....	250
14.3. As modernas teorias da imputação objetiva	250
14.3.1. Fundamento teórico/constitucional.....	250
14.3.2. Fundamento prático.....	251
14.3.3. Proposta de Roxin.....	252
14.3.4. Proposta de Jakobs.....	258
14.3.5. Proposta de Wolfgang Frisch.....	262
14.3.6. Proposta de Ingeborg Puppe.....	263
14.4. Questões	265
Capítulo 15 – Ilicitude ou antijuridicidade.....	267
15.1. Aspecto histórico	269
15.2. Noção	269
15.2.1. Ilicitude formal e ilicitude material.....	269
15.3. Ilicitude penal ou geral	269
15.4. Fundamento ou fundamentos das excludentes de ilicitude	270
15.5. Relação entre tipicidade e ilicitude	270
15.6. Erro sobre a situação justificante	272
15.7. Elemento subjetivo nas excludentes	273
15.8. Excludentes	274
15.8.1. Natureza do rol.....	274
15.8.2. Excesso.....	274
15.8.3. Excludentes em espécie.....	275
15.8.3.1. Estado de necessidade.....	275
15.8.3.2. Legítima defesa.....	276
15.8.3.3. Estrito cumprimento do dever legal	279
15.8.3.4. Exercício regular do direito	279
15.8.3.5. Consentimento do ofendido	279
15.8.3.6. O que são ofendículos?.....	279
15.8.3.7. Colisão de deveres.....	280
15.9. Questões	281

Capítulo 16 – Culpabilidade.....	283
16.1. Noção.....	285
16.2. Elementos	285
16.2.1. Imputabilidade	285
16.2.1.1. Menoridade (art. 27 do CP e art. 228 da CF).....	285
16.2.1.2. Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e incapacidade de discernimento (art. 26 do CP).....	285
16.2.1.3. Embriaguez completa e involuntária (acidental) art. 28, § 1º, CP.....	286
16.2.2. Potencial consciência da ilicitude	287
16.2.2.1. Erro de proibição (art. 21 do CP).....	287
16.2.3. Exigibilidade de conduta diversa.....	287
16.2.3.1. Coação moral irresistível.....	287
16.2.3.2. Obediência hierárquica.....	288
16.2.3.3. Fato de consciência	288
16.2.3.4. Provocação da situação de legítima defesa	288
16.2.3.5. Desobediência civil.....	289
16.2.3.6. Conflito de deveres.....	289
16.3. Questões	290
Capítulo 17 – Concurso de pessoas	293
17.1. Natureza jurídica	295
17.2. Classificação dos delitos quanto à pluralidade de sujeitos.....	295
17.3. Teorias sobre o concurso de pessoas	295
17.4. Exceções à teoria monista	295
17.5. Requisitos para o concurso de pessoas	296
17.6. Classificação entre autoria e participação.....	296
17.7. Autoria.....	296
17.7.1. Conceitos extensivo e restritivo de autor	297
17.7.2. Teoria objetivo-formal.....	298
17.7.3. Teoria do domínio do fato (objetivo-material ou objetivo-subjetiva).....	298
17.7.3.1. Justificativa e objetivo da teoria.....	299
17.7.3.2. A teoria se pauta em três critérios:	300
17.7.4. Domínio do fato e AP 470 (Mensalão).....	304
17.8. Coautoria sucessiva	305
17.9. Autoria indireta ou mediata.....	305
17.10. Participação	306
17.11. Comunicabilidade dos dados típicos – art. 30 do CP	307
17.12. Concurso de pessoas e crime culposo	307
17.13. Crimes multitudinários	308
17.14. Questões	308
Capítulo 18 – Penas	311
18.1. Fundamentos da pena nos povos primitivos, na Antiguidade, na Idade Média e na Idade Moderna (referência principal – Oswaldo Henrique Duek Marques)	313

18.2. Finalidades das penas	316
18.2.1. Teorias absolutas – retributivas	317
18.2.1.1. Pena como vingança.....	317
18.2.1.2. Teoria da expiação.....	318
18.2.1.3. Retributivismo kantiano (moral).....	318
18.2.1.4. Retributivismo hegeliano	319
18.2.2. Teorias relativas – preventivas.....	320
18.2.2.1. Prevenção geral.....	321
18.2.2.2. Prevenção especial	325
18.2.3. Teorias Mistas ou unificadoras	328
18.2.3.1. Unificadoras aditivas.....	328
18.2.3.2. Unificadoras dialéticas.....	328
18.2.4. Teoria agnóstica ou negativa (Zaffaroni).....	330
18.2.5. Teoria do justo merecimento (just deserts) ou neoretributivismo (Hirsch).....	331
18.2.6. Neoretributivismo romano-germânico (Zaczyk).....	332
18.2.7. Neopreventivismo gerencialista, <i>new penology</i> (política criminal atuarial).....	333
18.3. Espécies de penas no CP (art. 32)	334
18.3.1. Pena privativa de liberdade.....	334
18.3.1.1. Sistemas penitenciários.....	334
18.3.1.2. Tratamento jurídico da pena privativa de liberdade no Código Penal	339
18.3.1.3. Regimes.....	340
18.3.1.4. Fixação do regime.....	340
18.3.2. Penas restritivas de direitos.....	341
18.3.2.1. Requisitos para a substituição.....	341
18.3.2.2. Espécies de penas restritivas de direitos (rol do art. 43 do CP).....	342
18.3.3. Pena de multa.....	345
18.4. Questões	347
Capítulo 19 – Aplicação da pena	349
19.1. Considerações iniciais	351
19.2. 1ª operação: eleição da pena	352
19.3. 2ª operação: dosimetria da pena.....	352
19.3.1. 1ª fase da dosimetria. Pena-base	353
19.3.2. 2ª fase da dosimetria (pena provisória).....	357
19.3.3. 3ª fase da dosimetria (pena definitiva).....	364
19.3.4. Pena de multa.....	365
19.4. 3ª operação: fixação do regime	365
19.5. 4ª operação: aplicação de eventuais substitutivos penais.....	366
19.6. Questões	367
Capítulo 20 – Concurso de crimes	369
20.1. Sistemas relativos ao concurso de crimes.....	371
20.2. Concurso material.....	371

20.3. Concurso formal ou ideal de crimes	371
20.3.1. Concurso formal próprio ou perfeito	372
20.3.2. Concurso formal impróprio ou imperfeito	372
20.4. Concurso material benéfico (arts. 70, parágrafo único, e 71, parágrafo único)	373
20.5. Crime continuado	373
20.6. Concorrência de concurso de crimes	375
20.7. Questões	376
Capítulo 21 – Suspensão condicional da pena.....	379
21.1. Origem histórica e fundamentos	381
21.2. <i>Sursis</i> x suspensão condicional do processo	381
21.3. Requisitos (art. 77 do CP)	382
21.4. Espécies	382
21.5. Condições (arts. 78 a 80)	383
21.6. Revogação obrigatória (art. 81, <i>caput</i>).....	383
21.7. Revogação facultativa (art. 81, § 1º)	383
21.8. Prorrogação do período de prova (art. 81, §§ 2º e 3º)	383
21.9. Extinção da pena (art. 82).....	384
21.10. Questões	384
Capítulo 22 – Livramento condicional.....	387
22.1. Questões	391
Capítulo 23 – Efeitos da condenação.....	393
23.1. Efeitos penais	395
23.1.1. Efeito penal direto (primário)	395
23.1.2. Efeitos penais indiretos (secundários ou acessórios).....	395
23.2. Efeitos extrapenais genéricos (art. 91)	396
23.2.1. Tornar certa a obrigação de indenizar.....	396
23.2.2. Perda em favor da União dos instrumentos e produtos do crime.....	397
23.2.3. Suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, da CF/1988).....	400
23.3. Confisco alargado ou perda alargada (art. 91-A)	400
23.4. Efeitos extrapenais específicos (art. 92)	401
23.5. Questões	404
Capítulo 24 – Reabilitação	407
24.1. Pressupostos	409
24.2. Requisitos.....	409
24.3. Questões	410
Capítulo 25 – Medidas de segurança	413
25.1. Histórico.....	415
25.2. Âmbito nacional.....	416
25.3. Configuração atual: pressupostos.....	417

25.4. Procedimento	418
25.5. Natureza da sentença	418
25.6. Tem natureza de sanção?	419
25.7. Sistemas	419
25.8. Espécies	419
25.9. Critério para escolha (art. 97, <i>caput</i>).....	420
25.10. Lei antimanicomial – Lei nº 10.216/2001	420
25.11. Duração.....	421
25.12. Liberação condicional e restauração da medida (art. 97, §§ 3º e 4º)	422
25.13. Medida de segurança decorrente de superveniência de doença mental durante o curso da pena	422
25.14. Destino do sentenciado após escoado o prazo máximo da medida de segurança	422
25.15. Falta de vagas para internação.....	423
25.16. Para reflexão. Afinal de contas, quem é louco?	423
25.17. Questões	425
Capítulo 26 – Extinção da punibilidade	427
26.1. Conceito. Noção geral. Substrato material.	429
26.2. Localização na dogmática	430
26.3. Comunicabilidade	431
26.4. Escusas absolutórias	431
26.5. Condições objetivas de punibilidade.....	432
26.6. Condições de procedibilidade	432
26.7. Efeitos	432
26.8. Causas extintivas da punibilidade.....	433
26.9. Causas em espécie	433
26.9.1. Morte do agente.....	433
26.9.2. Anistia, graça e indulto.....	434
26.9.3. <i>Abolitio criminis</i>	436
26.9.4. Prescrição.....	437
26.9.5. Decadência	437
26.9.6. Perempção.....	437
26.9.7. Renúncia.....	437
26.9.8. Perdão aceito.....	438
26.9.9. Retratação, quando prevista em lei.....	438
26.9.10. Perdão judicial, quando previsto em lei	438
26.9.11. Outras causas fora do art. 107 do CP	439
26.10. Questões	440
Capítulo 27 – Prescrição.....	443
27.1. Conceito	445
27.2. Pressupostos	445
27.3. Prescritibilidade e infrações imprescritíveis	445
27.4. Diferenças entre prescrição e decadência.....	447

27.5. Espécies	447
27.6. Prescrição da pretensão punitiva	448
27.6.1. PPP em abstrato.....	448
27.6.2. Tabela: Art. 109 do CP.....	449
27.6.3. Idade do agente (art. 115)	449
27.6.4. Termos iniciais – art. 111	450
27.6.5. Causas interruptivas da PPP – art. 117	451
27.6.6. Extensão dos efeitos interruptivos.....	453
27.6.7. Causas suspensivas.....	453
27.6.8. Outras situações	455
27.7. Prescrição da pretensão punitiva em concreto	456
27.8. Prescrição da pretensão executória	457
27.8.1. Termos iniciais da PPE – art. 112	458
27.8.2. Causas interruptivas – art. 117, V e VI.....	459
27.8.3. Causa suspensiva	459
27.9. Questões	460

CAPÍTULO 1

**Conceitos de
direito penal**

O que é crime? A questão pode ser encarada sob várias óticas. Há um conceito formal, um material e um analítico.

- **Conceito formal:** tem enfoque extrínseco. Define o crime a partir de suas consequências. Assim, crime **é o fato ilícito punido com sanções penais**. O conceito formal é importante para identificação de ilícitos penais.
- **Conceito material:** Busca a essência. **É o comportamento que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos fundamentais para a paz e o convívio social**. É elaborado para limitar, estabelecer parâmetros para a atividade do legislador penal, crime não pode ser simplesmente o que a lei diz.
- **Conceito analítico:** Preocupa-se com a sistematização dos elementos do crime. Busca conferir racionalidade e um enfoque sistêmico, uniforme para a aplicação da lei penal. No Brasil, ainda há quem sustente que a culpabilidade seria mero pressuposto de aplicação da pena (Welzel jamais defendeu que a culpabilidade não seria elemento do crime), no entanto, **prevalece a concepção tripartida, pela qual o crime é fato típico, antijurídico e culpável**, são esses os elementos da infração penal.

1.1. EXPANSÃO E VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Em que pese a preocupação acadêmica e doutrinária com a redução do Direito Penal, há criação de novos tipos penais, novos bens jurídicos, flexibilização das regras de imputação, relativização dos princípios político-criminais, fenômenos relacionados à expansão do Direito Penal.

A expansão do Direito Penal nada mais é que um produto de uma espécie de perversidade estatal, que busca na legislação penal uma solução fácil de cunho nitidamente simbólico. O Estado age pressionado por pretensões irracionais e cede a esta demanda de maior punição.

O tema é desenvolvido na obra *A expansão do Direito Penal*, de Jesús-María Silva Sánchez e nela são expostas as chamadas *velocidades do Direito Penal*.

Segundo Silva Sánchez, quais elementos fomentam a expansão do Direito Penal? O capítulo I da obra trata do assunto¹:

1. Novos interesses, novos bens jurídicos – a sociedade de risco; meio ambiente, delitos econômicos, delitos financeiros, delitos relacionados à engenharia genética, *cyber criminalidade*.
2. Surgimento do crime organizado.
3. Insegurança: Falta de conhecimento sobre as consequências a longo prazo (celular próximo do corpo, substâncias colocadas na água que bebemos, produtos para conservar alimentos, agrotóxicos) de substâncias cujos efeitos nocivos são desconhecidos.

1 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2013. p. 33.

4. Sensação social de insegurança: Estimula o Direito Penal Simbólico (Hassemer também trata dessa manifestação). Meios de comunicação como fomentadores de indignação, cólera coletivas, otimizam esta sensação.
5. Identificação da maioria como vítima do delito: Há uma identificação social com a vítima e não com o autor do delito (sujeito que se choca com a corrupção, mas dá atestado falso no trabalho para justificar a falta).
6. Descrédito das demais instâncias: Direito administrativo sancionador corrompido.
7. Gestores atípicos da moral: No passado estes gestores eram basicamente os burgueses conservadores. Contudo, hoje adquirem tais papéis as associações feministas, os ambientalistas, grupos de antidiscriminação. Eles buscam uma crescente proteção de seus interesses.

Diante disso surge o chamado Estado vigilante, de um Estado de prevenção que coleta informações que possam ser relevantes. As barreiras de intervenção do Estado na esfera individual se adiantam de maneira substancial. A vigília estatal passa a ser rotineira e não necessita de indícios concretos. Isso se fundamenta, em parte, na existência de perigos presumidos ou formais que acabam por influenciar o aparato penal.

A seguir o autor passa a tratar das velocidades do Direito Penal.

O termo velocidade tem relação com o ritmo do caminhar processual. Em cada velocidade, o caminhar processual é diferente.

O típico e o peculiar do direito penal é a figura da pena privativa de liberdade enquanto sanção, pois não pode a administração impô-la. Desta forma, razoável é que quanto mais distante desta sanção e mais próximo das sanções que o Direito Administrativo aplica (restritivas de direitos, multas etc.) sejam flexibilizados os critérios de imputação e as garantias. Mantém-se a judicialização, característica essencial, bem como a manutenção do caráter “penal” sem que exista a pena de prisão. Portanto, *a priori*, a relativização de garantias deve vir acompanhada de flexibilização da resposta penal cuja principal sanção costuma ser a pena privativa de liberdade.

O conflito entre um Direito Penal amplo e flexível (*soft law*) e um Direito Penal mínimo e rígido se soluciona por esta construção dualista. A sociedade não parece estar disposta a aceitar um Direito Penal mínimo. Contudo, não deve tal situação conduzir a um Direito Penal Máximo. Assim, surge um produto funcional e também garantista.

Há um primeiro modelo clássico de imputação para um núcleo intangível de delitos aos quais se assinala a pena de prisão, mas são mantidas as garantias processuais (primeira velocidade) e, por outro lado, uma flexibilização das regras de imputação, bem como dos princípios, mas sem a pena de prisão (segunda velocidade).

Há, portanto, um espaço de expansão razoável de Direito Penal dado por condutas que, por si só, lesionam ou colocam em perigo real um bem individual. Mesmo os bens supraindividuais podem ser admitidos desde que lesionem ou coloquem em perigo sujeito em concreto.

Capítulo 19. Aplicação da pena

- Eleição da pena;
- dosimetria da pena:
 1. pena-base: art. 59 do CP;
 2. pena-provisória: agravantes e atenuantes;
 3. pena definitiva: causas de aumento e diminuição;
- multa;
- regime;
- substitutivos penais.

19.6. QUESTÕES

1. **(CESPE/CEBRASPE – Defensor Público – DPE-AM – 2003)** Após envolvimento em infração penal de menor potencial ofensivo, Tício foi encaminhado ao juizado especial criminal, onde o promotor de justiça requereu a abertura de inquérito policial em face da complexidade do caso, o que impediu a formulação imediata da denúncia. Posteriormente, foi oferecida, perante o juízo criminal da comarca, denúncia, que tramitou pelo rito sumário, findando pela absolvição. O assistente de acusação recorreu, e o recurso foi distribuído à turma recursal, que lhe deu provimento e condenou Tício a dois meses de detenção, pena substituída por prestação pecuniária à vítima.

Com base nessa situação hipotética, julgue o item que se segue.

Não deve ser conhecida ordem de habeas corpus que venha a ser impetrada já que, com a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária, cessou o dano potencial à liberdade de locomoção.

- () Certo
() Errado

Gabarito: Errado

2. **(GUALIMP – Procurador – Prefeitura de Conceição de Macabu-RJ – 2020)** O Código Penal Brasileiro define que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados determinados critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso, poderá, desde o início, cumprir sua pena em regime semiaberto, o condenado:

- a) Não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos.
- b) A pena superior a 8 (oito) anos.
- c) Não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 2 (dois) anos.
- d) Não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) anos.

Gabarito: D

3. **(CPCON – Advogado – Prefeitura de Santa Luzia-PB – 2020)** Sobre a dosimetria da pena e seu entendimento jurisprudencial, analise os itens a seguir e marque com (V) se a assertiva for verdadeira e com (F) se for falsa. Ao final, assinale a alternativa correspondente.

- () A pena deve ser aplicada na forma estatuída no art. 68 do CP, observado o critério trifásico. Apena-base é fixada de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, seguida, na fase intermediária da dosimetria, da aplicação das atenuantes e agravantes, previstas nos arts. 61 a 66 do CP, para,

CAPÍTULO 20

Concurso de crimes

20.1. SISTEMAS RELATIVOS AO CONCURSO DE CRIMES

1. **Cúmulo material:** propõe a soma das penas. Crítica: Pode conduzir a penas exageradas – adotado em regra no concurso material (art. 69 do CP) e no concurso formal impróprio (art. 70, segunda parte, do CP).
2. **Cúmulo jurídico:** faz-se uma média ponderada com base nas duas penas, que não chega a somá-las, tampouco se resume a aplicar apenas uma. Adotado na Espanha (art. 76).
3. **Exasperação da pena:** aplica-se apenas uma das penas, a maior delas se forem penas diferentes, aumentada de determinada quantidade correspondente aos demais crimes – adotado no concurso formal próprio (art. 70, primeira parte, do CP) e no crime continuado (art. 71 do CP).
4. **Absorção:** a pena do delito mais grave absorve a pena do delito menos grave (não confundir esse critério com o de conflito aparente de normas).

20.2. CONCURSO MATERIAL

Requisitos:

- 1) Mais de uma ação ou omissão.
- 2) Mais de um crime da mesma espécie ou de espécie diversa.

Consequência

Somam-se as penas (sistema do cúmulo material).

Obs.: caso as infrações sejam objeto de processos diferentes, há de se falar em soma ou unificação de penas.

Jurisprudência

Roubo e extorsão – concurso material:

A jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é firme em assinalar que se configuram os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair, mediante emprego de violência ou grave ameaça, bens da vítima, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha, para sacar dinheiro de sua conta corrente (STJ. AgRg no AREsp nº 323.029/DF – j. 01-9-2016).

20.3. CONCURSO FORMAL OU IDEAL DE CRIMES

Fundado em razões de política criminal.

Natureza jurídica

1. **Unidade do delito:** não obstante existem várias lesões, há apenas um delito.
2. **Pluralidade:** A lesão de vários tipos denota a existência de vários delitos.

Conduta X ação – QUESTÃO TORMENTOSA

Requisitos

- 1) Uma ação ou omissão
- 2) Mais de um crime

Espécies

20.3.1. Concurso formal próprio ou perfeito

Resultado culposo na origem, sendo os demais resultados punidos a esse título *ou* resultado original doloso, mas os demais resultados são a título de culpa.

Consequência

Exasperação: aplicação da pena mais grave ou de qualquer delas se forem iguais, em ambos os casos aumentadas de um sexto até a metade.

Qual o critério para definir o *quantum* de aumento? O critério é o número de infrações (STJ – tese firmada)

Prescrição: para fins de prescrição o aumento é desprezado, pois deve se levar em conta a pena de cada crime (art. 119 do CP).

20.3.2. Concurso formal impróprio ou imperfeito

Cabe na hipótese em que houver desígnios autônomos, aliás, é este o critério distintivo entre o concurso formal próprio e o impróprio. Naquele não há desígnios autônomos, nestes há.

Desígnios autônomos: o que são efetivamente? Se houver dolo eventual quanto aos demais resultados, há desígnios autônomos?

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que abrange também o dolo eventual e não somente o dolo direto (STJ. AgRg no AREsp nº 1.991.154/SE – rel. Min. Sebastião Reis Júnior – 6ª T. – DJe de 23-3-2022). No mesmo sentido há julgado do STF (STF. RHC nº 213.146 – rel. Min. Nunes Marques – j. 14-6-2022).

Ex.: nos campos de concentração nazistas, pessoas eram enfileiradas para serem mortas com mais eficiência, rapidez e economia de munição.

Consequência

Aplicação cumulativa das penas, se a ação ou omissão é dolosa e se o crime resulta de desígnios autônomos. Somam-se as penas.

Jurisprudência:

Porte ilegal de arma de fogo: a apreensão de **mais de uma arma de fogo**, acessório ou munição em poder de sujeito que anda na rua, **em um mesmo contexto fático incidindo sobre o mesmo tipo** (art. 14 ou somente art. 16 da Lei nº 10.826/2003), não caracteriza concurso formal ou material de crimes, mas delito único (STJ. REsp nº 1.556.131/MG – 5ª T. – rel. Min. Felix Fischer – j 14-4-2016), podendo ser levada em consideração quando da fixação da pena.

CAPÍTULO 24

Reabilitação

O dispositivo não tem muita vantagem prática, na medida em que seu maior efeito é garantir o sigilo sobre a condenação, o que já decorre do art. 202 da LEP, conforme critica Bitencourt.

Além do sigilo mencionado, busca suspender alguns efeitos secundários da condenação, especificamente aqueles do art. 92 do CP. Seu escopo é facilitar a reinserção social do condenado.

Negada, pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que juntados novos elementos comprobatórios (art. 94, parágrafo único, do CP).

24.1. PRESSUPOSTOS

1. Condenação irrecurável;
2. Decurso do prazo de 2 anos da extinção ou término do cumprimento da pena.

24.2. REQUISITOS

1. Domicílio no País no prazo acima referido;
2. Demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;
3. Ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

O fato de ter havido acordo de não persecução penal impede o deferimento de reabilitação criminal? O acordo de não persecução penal não gera reincidência ou maus antecedentes, contudo, isso não necessariamente implica o reconhecimento de «bom comportamento público e privado», conforme estabelecido no art. 94, II, do CP, que se refere à conduta social e moral do indivíduo na sociedade (STJ. REsp nº 2.059.742/RS – rel. Min. Ribeiro Dantas – 5ª T.– por unanimidade – j. 28-11-2023).

Ocorrerá a revogação da reabilitação (art. 95 do CP) de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

O juízo competente para apreciar o pedido é o da condenação e não da execução penal (art. 743 do CPP). **Da decisão de primeiro grau o recurso cabível é a apelação do art. 593, II, do CPP.**

Capítulo 24. Reabilitação

- Pressupostos;
- requisitos;
- revogação;
- competência.

27.6.8. Outras situações

1. **Agente que citado por edital não comparece, nem nomeia advogado (art. 366 do CPP e Súm. nº 415 do STJ):** A prescrição, segundo o STJ, é regulada pelo máximo da pena aplicada.

O STF entendia que a prescrição ficava suspensa indefinidamente, até o acusado ser encontrado. Contudo, ao julgar o **TEMA 438**, fixou a seguinte tese:

Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal (CF/1988) como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso.”

É compatível com a Constituição a interpretação conjunta do art. 366 do CPP com o art. 109, *caput*, do CP, limitando o prazo de suspensão da prescrição ao tempo de prescrição do máximo da pena em abstrato prevista para o delito.

Finda a suspensão do prazo prescricional pelo decurso do tempo estabelecido no art. 109 do CP, será retomado o curso da prescrição, permanecendo suspenso o processo penal (RE nº 600.851/DF – rel. Min. Edson Fachin – julgamento virtual finalizado em 7-12-2020).

Antes dessa decisão do STF o STJ entendia que transcorrido o prazo de suspensão o feito voltava a correr normalmente. Contudo, diante da orientação do STF passou a entender o STJ:

Citado o réu por edital, nos termos do art. 366 do CPP, o processo deve permanecer suspenso enquanto perdurar a não localização do réu ou até que sobrevenha o transcurso do prazo prescricional. Entendeu-se pela impossibilidade de prosseguimento do processo penal em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital. (STJ. RHC nº 135.970/RS – rel. Min. Sebastião Reis Junior – 6ª T. – por unanimidade – j. 20-4-2021.)

Cuidado: a suspensão da prescrição não se dá pela quantidade da pena máxima, mas levando-se em conta a pena máxima. Exemplo: crime de furto simples cuja pena máxima é 4 anos, a prescrição ficará suspensa não por 04 anos, mas por até 08 anos, que é o prazo da prescrição da pretensão punitiva abstrata do art. 109, IV, do CP. Decorrido o prazo de 08 anos, a prescrição volta a correr novamente.

2. **Período de prova da suspensão condicional do processo (art. 89, § 6º, da Lei nº 9.099/1995).**
3. **Expedição de carta rogatória para citação do réu até seu cumprimento (art. 368 do CPP).**

A prescrição volta a ser contada com o recebimento ou a devolução da rogatória? Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento. **Essa**

suspensão se encerra com o recebimento da carta, não com a sua devolução (STJ. 5ª T. – REsp nº 1.882.330 – 5ª T.).

4. **Suspensão por até 6 meses, prorrogável por igual período, do prazo para oferecimento da denúncia ou do processo até que se cumpram as medidas de colaboração, suspendendo-se pelo mesmo período o prazo prescricional (art. 4º, § 3º, da Lei nº 12.850/2013).**
5. **Quando recebida denúncia contra senador ou deputado federal, por crime ocorrido após a diplomação, após a ciência dada pelo STF à casa respectiva, esta, pelo voto da maioria de seus membros, delibera sustar o processo (art. 53, § 5º, da CF). A suspensão do processo suspende a prescrição enquanto durar o mandato.**
6. **No caso de julgamento por amostragem (arts. 1.036 a 1.041 do CPC):** os processos de natureza penal que ficam sobrestados, afetados, aguardando o julgamento do caso paradigma ficam suspensos, ensejando a suspensão da prescrição relativa aos crimes que forem objeto das ações penais sobrestadas, por analogia ao art. 116, I do CP (STF. RE nº 966.177/RS – rel. Min. Luiz Fux – Plenário – j. 7-6-2017).

Cuidado: por ausência de previsão legal, a suspensão do processo por incidente de insanidade mental não suspende a prescrição, mas apenas o processo.

27.7. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM CONCRETO

Tem de diferencial o parâmetro, que é a pena fixada, aplicada.

No mais, a tabela é a mesma e a redução pela metade também pode se dar.

Premissa: apenas há de se cogitar de prescrição em concreto em processo no qual o réu foi condenado.

Além disso, é necessário que tenha recurso exclusivo da defesa, o que decorre do princípio do *non reformatio in pejus*.

Pressupostos da PPP em concreto:

1. Condenação – parâmetro (pena em concreto);
2. Situação processual que impeça o aumento da pena: trânsito em julgado para a acusação ou não provimento de seu recurso, não conhecimento do recurso da acusação, recurso da acusação incapaz de elevar a pena (exemplo: MP recorre somente para mudar o regime);

Quando reconhecida a PPP em concreto em período anterior a sentença se denomina **retroativa**, quando reconhecida em período posterior, chama-se **intercorrente, superveniente ou subsequente**.

Lei nº 12.234/2010? A prescrição em concreto pode ser aplicada em qualquer um dos períodos prescricionais? Temos dois regimes jurídicos.