

7ª Edição

FORENSE

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

LIÇÕES DE  
DIREITO PENAL

A Nova Parte Geral

- 1.ª edição — 1976
- 2.ª edição — 1977
- 3.ª edição — 1978
- 4.ª edição — 1980
- 5.ª edição — 1983
- 6.ª edição — 1984
- 7.ª edição — 1985

© Copyright  
Helena Cláudio Fragoso

Fragoso, Heleno Cláudio, 1926—  
Lições de direito penal: parte geral / Heleno Cláudio  
Fragoso, — 7. ed. — Rio de Janeiro : Forense, 1985.

Bibliografia

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

CDU — 343  
— 343(81)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir deste livro, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor. (Lei n.º 5.988, de 14.12.1973.)

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela

COMPANHIA EDITORA FORENSE

Av. Erasmo Braga, 299, 1.º, 2.º e 7.º andares - 20020 - Rio de Janeiro - RJ  
Largo de São Francisco, 20 - loja - 01005 - São Paulo - SP

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

*Esta obra é dedicada  
à memória de  
NELSON HUNGRIA,  
amigo e mestre.*

Se a ordem é manifestamente ilegal e o agente conhece a ilegalidade, responde pelo crime, em concurso com o superior.

Se a ordem não for manifestamente ilegal, exclui-se a culpa do executor por inexigibilidade de outra conduta. A inexigibilidade, no caso, funda-se no dever de obediência que deflui do sistema de subordinação e disciplina a que o agente está submetido. Tal dever exclui a reprovabilidade do comportamento mesmo nos casos em que o executor reconhecia a ilegalidade da ordem. Em princípio, a ordem não manifestamente ilegal obriga o subordinado.

Se o agente supõe ser lícita a ordem (não manifestamente ilegal), há também *erro de proibição* (erro sobre a ilicitude), que aqui se afirma ser relevante. Todavia, o verdadeiro fundamento da exclusão da culpa, nos casos de obediência hierárquica, é a inexigibilidade, e não o erro, pois este pode não existir.

A ação delituosa praticada em obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico é, evidentemente, antijurídica. Em consequência, pode haver contra ela legítima defesa. O dolo, em qualquer caso, subsiste.

## CAPÍTULO 19

### CONDIÇÕES DE PUNIBILIDADE

#### *Conceituação*

205 — Crime é ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. Como regra geral, em consequência, pratica crime, e deve sofrer a consequência jurídica correspondente, quem transgredir a norma que lhe impõe proibição ou mandado, atuando ou omitindo-se de forma ilícita e reprovável.

Há, todavia, casos em que a punibilidade depende de condições objetivas exteriores à conduta (condições objetivas de punibilidade) e casos em que ela se exclui tendo em vista condições pessoais do agente ou seu comportamento posterior (excusas absolutórias).

Atende-se, em tais casos, à ocorrência de elementos ou circunstâncias exteriores ao fato que, por motivos de política criminal, condicionam sua ilicitude penal ou sua punição.

#### *Condições objetivas de punibilidade*

206 — Não há em nossa lei penal disposição sobre as condições objetivas de punibilidade, cuja existência foi, pela primeira vez, assinalada por *Binding*. Não obstante, a existência de tais condições tem sido afirmada pela doutrina e pela jurisprudência, pois resultam do sistema.

A análise de várias das figuras de delito previstas na parte especial revela que existem, indubitavelmente, condições exteriores à conduta, das quais depende a punibilidade. Em tais casos, verifica-se que a punibilidade do fato está subordinada,

não só à realização da ação ou omissão típica, antijurídica e culpável, mas também a certas condições objetivas. São *objectives*, porque sua eficácia jurídica independe da culpa ou de qualquer nexó psicológico, relativamente à conduta incriminada.

A inclusão de tais condições na definição do delito é geralmente inspirada por razões de política criminal, entendendo o legislador que sem elas não se justifica a punibilidade do fato, pela ausência de dano efetivo ao interesse tutelado ou por outra razão de oportunidade ou conveniência.

Condição de punibilidade é, assim, numa primeira aproximação, a circunstância de que depende a punibilidade, ou seja, o antecedente indispensável para que ocorra a punibilidade do fato. Num sentido geral, condição de punibilidade é a realização do fato incriminado. As condições que estudamos, porém, só podem ter sentido dentro de concepção mais restrita, pois são elementos estranhos à culpabilidade, aos quais a lei subordina a punibilidade do fato.

Condições de punibilidade são acontecimentos exteriores ao tipo, que a lei estabelece como indispensáveis à punibilidade do fato. Tais condições não são necessariamente alheias à conduta e à culpabilidade. As condições objetivas de punibilidade são, sem sombra de dúvida, elementos suplementares do tipo, mas não se incluem no mesmo, caracterizando-se precisamente pela circunstância de serem exteriores. Saber se os acontecimentos a que nos referimos condicionam a aplicação da pena ou a própria existência do crime, é questão que depende, de certa forma, da solução dada a uma outra, ou seja, depende do próprio conceito de crime. Crime é o conjunto dos pressupostos da pena. Considerado *sub specie iuris*, a nota característica do ilícito penal é a de acarretar, como consequência, a sanção criminal. Esta constitui a *differentia specifica*. Crime é, assim, o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que possa ser aplicável a sanção penal. A análise revela que tais requisitos são a conduta típica, antijurídica e culpável, bem como, eventualmente, uma condição objetiva prevista em lei. A punibilidade não é característica geral do crime, ou, se se quiser, elementos do crime, mas sua consequência. Porém, é

indispensável à existência do delito. Pode haver crime que não seja, eventualmente, punido (morte do réu, prescrição, decadência, etc.), mas não pode haver crime que não seja um fato punível. As condições objetivas de punibilidade são, sem sombra de dúvida, elementos constitutivos do crime, desde que sem elas o fato é juridicamente indiferente: são, pois, condições de punibilidade *do fato*.

Não existe crime antes que a condição objetiva de punibilidade se verifique. Antes da condição, portanto, não há crime condicional ou condicionado, nem crime de punição condicionada, mas fato irrelevante para o Direito Penal. Tal fato somente se torna *punitivo*, ou seja, somente adquire significação para o Direito Penal, no momento em que se verifica a condição objetiva de punibilidade, sendo impróprio falar-se aqui em retroação. Condições objetivas de punibilidade são, pois, condições da ilicitude penal do fato.

— A condição objetiva de punibilidade é, em regra, prevista no preceito ou na sanção, mas pode resultar do sistema legal aplicável à matéria. É indiferente que a lei a estabeleça em forma condicional ou em oração relativa, desde que a característica condicionante seja perfeitamente reconhecível. As condições objetivas de punibilidade tendem a desaparecer do Direito Penal moderno, onde a máxima *nulla poena sine culpa* vai adquirindo o sentido de princípio básico e fundamental de todo o sistema punitivo. Condicionam elas a punibilidade do fato a circunstâncias alheias à culpabilidade, motivo pelo qual impõe-se uma interpretação restritiva, devendo-se entender, na dúvida, que a condição é integrante do tipo.

— Tanto faz que a condição objetiva de punibilidade esteja ou não, no desdobramento causal da ação.

A sentença declaratória de falência é condição objetiva de punibilidade, em relação aos crimes falimentares, nos quais a ação é anterior à sentença, como os previstos no art. 186, DL n.º 7.661. A superveniência de prejuízo constitui condição objetiva de punibilidade no crime previsto no art. 164, CP (introdução ou abandono de animais em propriedade alheia).

A condição objetiva de punibilidade somente pode ser um acontecimento futuro ou concomitante e incerto, pois de outra forma não teria sentido a sua disciplina jurídica. As condições anteriores à ação ou omissão devem ser consideradas *pressupostos do crime*. Assim sendo, a sentença declaratória de falência é pressuposto dos crimes falimentares praticados posteriormente à mesma, como já demonstramos.

Se a condição objetiva de punibilidade é elemento constitutivo do fato punível, o tempo e o lugar do crime dependem da ocorrência da condição. Da superveniência desta dependerá também o decurso da prescrição, pois o momento consumativo se transfere para o de seu surgimento (art. 111, I, CP).

A doutrina dominante entende que a condição objetiva de punibilidade no resultado morte ou lesões corporais graves, no crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (artigo 122, CP). Não é esse o nosso entendimento atual. Tais resultados devem estar necessariamente cobertos pelo dolo.

As condições de aplicação da lei penal brasileira a fatos cometidos no estrangeiro (letras *a* e *b* do art. 7.º, § 2.º, CP, entrar o agente no território nacional e ser o fato punível também no país em que foi praticado) são simples pressupostos processuais. O fato punível preexiste a tais condições.

#### *Escusas absolutórias*

207 — As escusas absolutórias também são condições de punibilidade, mas diferem radicalmente das que acima analisamos, porque são condições negativas de punibilidade *do crime*. Subsiste aqui a ilicitude, ocorrendo apenas causas *personais* de exclusão da pena. Não beneficiam aos co-autores ou partícipes a que não se refiram.

Podemos citar, como exemplo, a isenção de pena prevista no art. 181, CP, relativa aos crimes contra o patrimônio praticados sem violência.

Um outro exemplo é o da relação de parentesco no favorecimento pessoal, que exclui a pena (art. 348, § 2.º, CP).

Em tais casos, o fato não perde o seu caráter delituoso, declarando-se, porém, a isenção de pena por motivos de opor-tunidade ou política criminal.

Alguns autores entendem que a desistência voluntária e o arrependimento eficaz são escusas absolutórias. Na mesma categoria incluem o casamento do agente com a ofendida nos crimes contra a liberdade sexual (art. 107, VII, CP), que é uma hipótese de arrependimento eficaz.