

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia

Tese de Láurea

A DOGMÁTICA DO TRIBUNAL: na prática a teoria é outra

Beatriz Garcia de Andrade e Silva

Orientador: Prof. Dr. Maurício Stegemann Dieter

São Paulo

2021

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia

A DOGMÁTICA DO TRIBUNAL: na prática a teoria é outra

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”),
apresentado ao Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo, como requisito
parcial para a obtenção do título de bacharela em
Direito

São Paulo

2021

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por Beatriz Garcia de Andrade e Silva, intitulado “**A Dogmática do Tribunal: na prática a teoria é outra**”, sujeito à aprovação da Banca Examinadora do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Dr. Maurício Stegemann Dieter

Membro:

São Paulo, ____ de _____ de _____

AGRADECIMENTOS

Das páginas mais difíceis de serem escritas, seja pela dificuldade de transpor em linhas o que por excelência assim não se faz, seja pelo desafio que é olhar para os últimos seis anos que vivi no Largo São Francisco e me deparar com tanto a agradecer àqueles que estiveram em meu caminho nesse período.

Como não poderia ser diferente, começo pelas bases de sustentação do edifício: aos meus pais, Alessandra e Mucio, pelas condições materiais de existência ao longo de toda vida para que eu pudesse sonhar e, efetivamente, fazer parte da universidade pública. Também pelo suporte nas escolhas profissionais e pelos valores que me fizeram decidir por tais escolhas.

À minha avó Teresa, pela força transmitida através da sua história e pelos inúmeros reencontros que me proporciona com a vida na periferia da cidade de São Paulo: nas idas e vindas a sua casa aos domingos, nas férias da infância e nas voltas de bicicleta pela Cohab José Bonifácio, que materializaram no espaço da cidade muitas das angústias que informaram a minha trajetória acadêmica.

À minha madrinha, Valquíria, por todos os “causos” contados, que me influenciaram a decidir que, na advocacia, eu quero estar nas trincheiras ao lado nos necessitados. À irmã da minha madrinha, Valéria, por ser, para mim, a representação de mulher pesquisadora desde os tempos em que eu sequer entendia o que isso representava na universidade.

Aos meus grandes amigos da vida toda: Giovanna, Ana Beatriz, Leticia, Caroline, Fernanda, Lucas e Rafael pelo laço que nutrimos há mais de vinte anos apesar das adversidades do caminho e que me guiam como um farol, sempre como a luz de retorno.

Aos meus amigos das Arcadas, com quem compartilhei tantas tardes nos bancos do Páteo, cadernos, aulas, tábua, bolos de chocolate no Fazenda, debates, assembleias de estudantes, porões, Peruadas e, no mundo pandêmico, links que se perdiam pra lá e pra cá, angústias de terminar a graduação nesse cenário e grandes procrastinações nas conversas online.

É uma tarefa quase impossível materializar tais relações nominalmente, mas assim o faço à Giulia, pelo companheirismo incondicional nas diversas esferas da vida ao longo dos últimos seis anos; ao Raphael, que, junto com a Giu, foi essencial nessa reta final da graduação. Ambos me ajudaram diariamente a lidar com o estágio na Defensoria Pública, instituição que aproximou ainda mais nossas trajetórias; ao Raul, por sempre ser um ponto de equilíbrio e conforto; ao

Matheus, pelo companheirismo acadêmico, pelos inúmeros áudios trocados no celular nesses anos pandêmicos e pelas incansáveis discussões sobre dogmática penal, que foram essenciais, inclusive, para a elaboração deste trabalho; ao André Caixeta, que, por acaso ou por destino, não encontrei nas Arcadas, mas sim na Faculdade de Direito de Munique através das Arcadas: além da revisão minuciosa deste trabalho, agradeço-lhe por tanto e sem mais porquês; às meninas da sala 22 por tudo que trocamos em seis anos e pelo companheirismo que nutrimos desde o dia um; e aos meus companheiros de orientação do TCC, com quem muito aprendi sobre pesquisar neste ano.

Ao meu antigo chefe de estágio, Dr. José Eugênio, com quem tanto aprendi sobre sensibilidade no trato com todos aqueles que entram em uma sala de audiência. À minha atual chefe, Dr. Luana, por me ensinar diariamente a defender os direitos daqueles que, do Estado, só recebem violência.

Ao Colégio Marupiara, pela base humanista que me proporcionou desde os primeiros passos, pela visão de mundo sensível e compromisso ético que marcaram de forma indelével toda a minha trajetória nos ambientes de ensino.

Aos professores das Arcadas que tive a sorte e o privilégio de ter: à professora Helena Regina Lobo da Costa, minha primeira professora de Direito Penal e minha orientadora de Iniciação Científica, por me abrir as portas das Ciências Criminais e me auxiliar tanto nesta jornada acadêmica, principalmente nos anos iniciais. Ao professor Mauricio Stegemann Dieter, não só pela orientação deste trabalho, mas pelo divisor de águas que representou na minha formação acadêmica, sobretudo pelas portas que me abriu ao fincar as raízes da Criminologia Crítica na arcaica Faculdade de Direito da USP.

À Faculdade de Direito do Largo São Francisco, por ser ao mesmo tempo a materialização de um sonho e de frustração, de excelência e mediocridade, de fama e infâmia que me trouxeram até o final da graduação com muito incômodo, crítica e tensão ao Direito e sua cultura. Agradeço pelas portas que me abriu, e luto para que se liberte de suas amarras conservadoras e elitistas, abrindo-se também para muitos outros estudantes, de forma a oxigenar sua História através de outras histórias de vida além daquelas mesmas que já escreve há 194 anos.

Por fim, àqueles que custearam meus estudos na universidade pública e possibilitaram que eu tivesse um ensino de excelência por seis anos. Por esse motivo, reforço minha responsabilidade social de ser graduada em uma universidade pública e atesto, neste trabalho, o primeiro passo em uma vida acadêmica que se preste ao papel de se voltar àqueles que sustentam esta Universidade.

“Vocês devem, inclusive, aproveitar as lições de seus mestres conservadores. Se o ceguinho remói as suas fontes, se o catedr’áulico irrita com a arrogância de cortesão, se o nefelibata dá sono com seus discursos, onde há pérolas de erudição sem um fio condutor que as reúna em colar de verdadeira cultura – todos eles, sem querer, trazem milho para nosso moinho. A questão é não comer o milho (não somos galinhas agachadas diante dos galos de terreiro pedagógico) e, sim “moer” o milho, isto é, constituir com “ele” o nosso fubá dialético, acrescido com outras malárias que os ceguinhas, catredr’áulicos e nefelibatas, ou não conhecem ou deturpam; e, em todo caso, não usam, porque eles são do Planalto e nós da planície, democrática, popular, conscientizada e libertadora”

(LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília: Edições Nair, 1984)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo elucidar o que é a Dogmática do Tribunal, ou seja, pretende responder como são aplicados e operacionalizados os conceitos analíticos de fato punível nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir da análise de 112 (cento e doze) acórdãos proferidos por tal Tribunal. Atesta-se que o Tribunal articula um sistema de dogmática penal ancorado em um modelo clássico de Direito Penal, bem como no paradigma positivista do Direito Penal do Autor. Isto reconfigura as categorias analíticas de fato punível, de forma a construir um sistema próprio de teoria do delito no TJSP.

Palavras-chave: teoria do delito; dogmática penal; tribunal de justiça; dogmática do tribunal.

ABSTRACT

This paper aims to elucidate what is the Dogmatic of the Court. It intends to answer how the analytical concepts of crime are applied and operationalized in the decisions of the Court of Justice of the State of São Paulo, from the analysis of 112 judgments rendered by such Court. It can be seen that the Court articulates a system of penal dogmatics anchored in a classical model of Criminal Law, as well as in the positivist paradigm of the Penal Law of the Author. This reconfigures the analytical categories of punishable fact, constructing its own system of theory of crime in the Court of São Paulo.

Palavras-chave: theory of crime; criminal dogmatic; court justice; Dogmatic of the Court

SUMÁRIO

Introdução.....	1
Metodologia.....	3
I. Os tipos de injusto dolosos.....	5
1. O nexo entre ação e resultado	5
1.1. A causalidade biológica	5
1.2. A inexistente imputação objetiva	8
2. A objetivação do tipo subjetivo do injusto	10
2.1. O dolo imanente	12
2.1.1. O dolo eventual nos tipos de injusto qualificados pelo resultado	14
2.2. Elementos especiais do tipo subjetivo	18
II. Os tipos de injusto <i>culposos</i>	19
1. O protagonismo das antigas <i>imprudência, imperícia e negligência</i>	21
2. A <i>causalidade invertida</i> : confusão entre causalidade e imputação objetiva	23
III. A antijuridicidade e a consequência lógica da ilicitude	27
1. Legítima defesa	31
2. Estado de necessidade	32
IV. A culpabilidade e a teoria unitária do delito.....	33
1. Circunstâncias judiciais e a fixação do regime inicial: entre o conceito psicológico de culpabilidade e o Direito Penal do Autor.....	35
V. Autoria e participação e o empobrecimento da análise a partir da aproximação entre autor e partípice	39
VI. Pluralidade de fatos puníveis	41
VII. Tentativa e consumação	43
VIII. As <i>categorias próprias</i> do Tribunal	44
1. Crime insignificante	44
2. Crime famélico.....	50
3. Crime impossível.....	51
4. A culpa exclusiva de terceiros nos tipos de injusto imprudentes.....	53
IX. A ordem de análise das decisões e a crítica à Teoria Geral do Processo	54
Conclusões.....	58

Referências bibliográficas	60
Apêndices	62

Introdução

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por objeto de estudo a aplicação da dogmática penal pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A partir da análise empírica de acórdãos proferidos pelos desembargadores do Tribunal descobriu-se quais são as categorias analíticas do conceito de fato punível que efetivamente são analisadas pelo Tribunal, bem como a forma como tais categorias são operacionalizadas na realidade concreta do processo decisório do Tribunal. Dessa forma, a partir de tal análise, foi possível responder o que, concretamente, é a Dogmática do Tribunal, com a conclusão de que na prática a teoria é, na verdade, outra.

Tal investigação parte do pressuposto de que a dogmática penal deve cumprir uma função de limitação do poder punitivo. Isso porque, como ensinam BATISTA e ZAFFARONI, a única teoria de direito penal que consegue ser racional é aquela que se encaminha ao único objetivo possível dentro do seu âmbito de atuação – contenção do poder de punir –, uma vez que a partir da diferenciação entre sistema penal e Direito Penal¹, cabe a este, somente, a legitimação e controle apenas das decisões da agência jurídica². As agências judiciais não são capazes de neutralizar a violência do poder punitivo que se exerce, principalmente, a partir da criminalização secundária inerentemente seletiva; elas conseguem, apenas, ser *dique de contenção* do poder punitivo³.

Nesse sentido, “*as comportas do dique devem funcionar inteligentemente*”⁴. Esse adequado funcionamento advém da dogmática penal, uma vez que são as categorias analíticas do conceito de fato punível que oferecem conceitos precisos e seguros às agências judiciais no cumprimento de sua finalidade, de forma que “*a teoria do delito representa a mais importante*

¹ Como leciona TAVARES “*o sistema penal integra o quadro de poder de intervenção do Estado no âmbito do legislativo, do executivo e do judiciário e é constituído pelas agências de intervenção: a polícia, o Ministério Públco e os órgãos judiciais. (...) A teoria do delito não é, assim, uma reprodução do que se formula no sistema penal, principalmente a partir dos pronunciamentos das agências de intervenção. Ao revés, a teoria do delito busca estabelecer os parâmetros pelos quais o poder de intervenção seja delimitado, a fim de não violar os fundamentos do Estado Democrático de Direito. (...) Com isso, a teoria do delito exerce a importante função de instrumento controlador da jurisdição, justamente no sentido de impedir que as decisões judiciais se estruturem em atos de criação do direito e ultrapassem os limites expressos na Constituição*” (TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 37-38)

² ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 108-110

³ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: segundo volume: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 25

⁴ *Ibidem*

*concreção da função do direito penal em relação ao poder punitivo fundamentado em leis penais manifestas*⁵.

No processo decisório, realizado pelas agências judiciais, a dogmática penal, como o próprio nome indica, deve ser “o” *dogma* que orienta a imputação criminal. Dessa maneira, tratar-se de uma programação normativa, o que significa que o suporte fático da norma jurídica deve ser preenchido para que haja subsunção entre ser e dever-ser. Assim, a atividade de decisão jurídico-penal consiste, majoritariamente, na atividade de subsunção: o juiz deve contrastar os fatos, e o que for provado dos fatos no percurso do processo, com a norma penal.

A dificuldade de tal processo de decisão na *vida real* reside no fato de que o caso penal não está dado, como nos livros de teoria do delito, mas sim é *formado* através do processo. Isso significa que não basta a formação do caso penal a partir de uma narrativa fática coerente para que haja imputação penal, justamente porque tal processo de imputação, orientado pelas categorias analíticas do conceito de fato punível, é necessariamente normativo. Nesse sentido, a narrativa fática, construída no bojo do Processo Penal, deve ser contrastada com a programação normativa da teoria do delito.

Ressalta-se que tal entendimento deve estar alinhado com a perspectiva de que a sistemática da teoria do delito deve assumir a sua funcionalidade – ser *dique de contenção* do poder punitivo –, sob pena de transformar-se em uma teoria isolada da prática social que transfigura sua atividade judicial em programa frouxo de decisões fragmentadas, tomadas por um operador do direito autônomo “que manobra um programa cuja função ignora”⁶ – ou, no nível do cinismo, decide ignorar e, propositalmente, subverter a função da dogmática.

Adianta-se que a Dogmática do Tribunal trabalha nessa segunda chave: seja efetivamente por ignorância ou por cinismo, os operadores do direito do maior tribunal de justiça da América Latina, comprometidos com a função (manifesta) preventiva do Direito Penal, operacionalizam a dogmática penal como a *retórica de condenações*, de forma que não apenas se alinham com a ideologia da defesa social, mas articulam uma sistemática de decisões própria do Tribunal que, portanto, carece de legitimidade do ponto de vista jurídico e político.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: segundo volume: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 21

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: segundo volume: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 25

Se a dogmática penal é a linguagem que, dialeticamente, limita e legitima o poder punitivo, é mister investigar como ela é articulada na prática concreta das decisões. Tal estudo pretende ser útil não só para elucidar o funcionamento real do processo decisório do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mas também para indicar o caminho das pedras a ser perseguido no manejo da dogmática penal para a defesa do cidadão, uma vez que ela ainda é tudo o que se tem para limitar juridicamente o exercício desenfreado, violento e seletivo do poder de punir estatal.

Metodologia

A presente monografia baseia-se na análise empírica qualitativa de 112 (cento e doze) acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, obtidos pelo sítio virtual do Tribunal⁷.

De início foram obtidos acórdãos que decidiam sobre diversos tipos de injusto, uma vez que era necessário obter decisões que, em conjunto, permitissem que toda a teoria do delito fosse examinada. Assim, foram selecionados tipos de injusto do Código Penal que abrangessem todas as questões da teoria do delito sem que problemas de parte especial atrapalhassem a análise e o objeto de estudo em questão. Para tal, foram escolhidos os crimes de lesão corporal grave, roubo qualificado pelo resultado morte (latrocínio), furto de baixo valor, estupro, homicídio culposo, abandono material e falsidade ideológica. Outros tipos de injusto apareceram ao longo da análise, seja pelo concurso de crimes, seja pela tese de desclassificação do tipo.

Em um segundo momento, foram definidas restrições gerais para a busca, selecionadas nos filtros próprios do sítio eletrônico do Tribunal: foram pesquisadas apelações criminais da comarca de São Paulo, em todas as câmaras criminais, de 2018 a 2019⁸ – excluiu-se os anos de 2020 e 2021 pela pandemia de Covid-19, que impactou tanto a prática forense quanto a dinâmica das determinações não determinantes do crime. O retorno da busca nesses moldes, pesquisado a partir de cada tipo de injusto, foi passado por uma triagem manual e submetido a um sorteio. Optou-se por esse processamento para evitar qualquer enviesamento na amostra analisada, de modo a haver uma distribuição minimamente proporcional entre tipos de injusto por câmara criminal (por exemplo, para que não se analisasse todos os casos de tipo de injusto culposo em apenas uma das câmaras do Tribunal). Após esta etapa foram obtidos 88 (oitenta e oito) acórdãos.

⁷ <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>

⁸ Em razão da dificuldade de buscar tipos de injusto omissivos, em relação a esses o espaço temporal foi alargado: foram obtidos acórdãos de 2017 a 2019

Por fim, tendo em vista a insuficiência da amostra para a análise da antijuridicidade, foi realizada nova pesquisa no sítio eletrônico, com as mesmas restrições gerais, porém com o nome dos excludentes de ilicitude no campo de busca (exemplo: “legítima defesa”). Dessa forma, a partir da busca de todas as hipóteses de excludentes de ilicitude, triagem manual e seleção a partir dos tipos de injusto inicialmente definidos, foram obtidos os 112 (cento e doze) acórdãos finais.

Inicialmente, observou-se que pouca ou quase nenhuma dogmática penal, tal qual a conhecemos como teoria do delito, era aplicada pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Entretanto, a imputação penal não se faz sem o discurso da dogmática penal, de forma que, se não é orientada pela elaboração científica e teórica da teoria do delito, é essencial que se investigue o que é articulado nos acórdãos enquanto categorias do conceito analítico de fato punível.

Assim, ultrapassando a aparência da evidência empírica da não aplicação da dogmática penal pelo Tribunal, pretendeu-se atingir o cerne duro da articulação da teoria do delito existente nas decisões. A partir de sua análise empírica qualitativa pretendeu-se identificar não só quais categoria analíticas de fato punível integram as decisões judiciais do TJSP, mas também como, de fato, se articula o sistema de imputação próprio ao qual o Tribunal dá forma, a partir da operacionalização das categorias de modo diverso do que manda o dogma, bem como da superação dos limites dos princípios de legalidade e culpabilidade como mantras essenciais de tal dogma.

A exposição dos resultados de pesquisa segue, no que é possível, a ordem das categorias analíticas da teoria do delito e é complementada com as categorias próprias do Tribunal, para que seja possível identificar justamente os elementos constitutivos próprios da Dogmática do Tribunal. Os resultados obtidos dizem respeito a toda dogmática penal, desde a teoria do tipo, passando pelas categorias de antijuridicidade e culpabilidade, bem como os temas de autoria e participação, pluralidade de fatos puníveis e tentativa e consumação. Ressalta-se que na teoria do tipo não há exposição dos resultados de tipos de injusto omissivos, uma vez que o principal resultado obtido nesses tipos de injusto diz respeito à ordem de análise do Tribunal, comum também a tipos de injusto dolosos e imprudentes, o que foi exposto em um capítulo único (Capítulo IX).

I. Os tipos de injusto dolosos

1. O nexo entre ação e resultado

Nos crimes de resultado, a doutrina majoritária admite que o tipo de injusto só se realiza quando há um nexo entre a ação e o resultado, de forma a atestar que o resultado concreto aparece como obra do autor que realizou aquela ação⁹.

Em um impulso de concretizar um conteúdo material ao tipo de injusto, a doutrina moderna retoma a concepção da teoria causal de que, na verdade, todos os crimes têm resultado¹⁰, estando alguns expressos e outros ocultos no tipo penal¹¹. Nesse sentido, a partir da conceituação do bem jurídico como um pressuposto de incriminação, e não objeto de proteção da norma penal¹², é indispensável examinar o nexo entre ação e resultado para que seja possível afirmar a afetação do bem jurídico, seja ela real – correspondente aos crimes de resultado – ou potencial – nos crimes de perigo.

O exame do nexo entre ação e resultado se dá no nível do tipo objetivo e abrange o exame da causalidade e da imputação objetiva.

1.1. A causalidade biológica

O primeiro exame do nexo entre ação e resultado é o exame da causalidade, que a doutrina majoritária analisa a partir da *teoria da equivalência das condições*.

A partir da *equivalência das condições* todas as condições determinantes do resultado são necessárias e “*causa é a condição que não pode ser excluída hipoteticamente sem excluir o resultado – ou seja, causa é a conditio sine qua non do resultado ou a condição sem a qual o resultado não pode existir*”¹³.

⁹ BEULKE, Werner et al. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*. 50 ed. Heidelberg: Müller, 2020, p. 138

¹⁰ Ressalta-se que “resultado” diz respeito a um resultado normativo. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 150-151

¹¹ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 207

¹² TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 205

¹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 121-122

A doutrina alemã majoritária trata tal questão como essencialmente empírica¹⁴. Entretanto, é evidente que, nas ciências jurídicas, a causalidade não se referencia em um mero exame empírico-descritivo dos fatos, uma vez que todos os fatos do âmbito do dever-ser são regulados normativamente¹⁵. Isso porque, como aponta TAVARES:

“há que se distinguir, para isso, os elementos nomológicos e os elementos epistemológicos da causalidade. Os elementos nomológicos exprimem a relação empírica entre acontecimento; os elementos epistemológicos dizem respeito à explicação dos acontecimentos”¹⁶.

Nesse sentido, se a *teoria da equivalência das condições* é uma das formas argumentativas que pretende explicar a relação sequencial e necessária de um objeto – a relação entre ação e resultado –, ela se relaciona de forma *epistemológica* com tal objeto, não podendo, por isso, ser meramente empírica-descritiva. Uma vez incorporados na ordem jurídica, aos dados fáticos é imposto um juízo de valor jurídico, ou seja, normativo.

Na Dogmática do Tribunal, a causalidade, quando analisada (foram analisados 89 acórdãos de tipos de injusto dolosos e somente em 19 acórdãos há exame da causalidade), aparece na forma de uma *causalidade biológica*, de modo que o exame da causalidade, como primeira etapa da análise do tipo objetivo do injusto, é confundido com o atestado de materialidade do crime

Trata-se de uma *causalidade biológica* e não somente *natural*: a causalidade natural própria de um modelo causal-naturalista, em que o resultado faz parte da ação¹⁷, é atestada de plano na verificação da ação e do resultado, a partir da identificação da ação como condição do resultado por meio do exame regressivo da *teoria da equivalência de condições*. Entretanto, isso não significa abrir mão do exame normativo a partir da *teoria da equivalência das condições* como faz o Tribunal: ao não examinar, de fato, a causalidade, o TJSP afirma a causalidade da ação e resultado a partir do mero exame da materialidade do crime, atestado pelo laudo pericial nos crimes de resultado material.

Um exemplo simples elucida melhor a diferença apontada acima. Se A atira em B e este morre, a explicação sobre o nexo entre a ação e resultado é uma explicação de causalidade natural, própria do modelo causal-naturalista, uma vez que não são necessários demais fatos da experiência

¹⁴ BEULKE, Werner et al. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Die Straftat und ihr Aufbau. 50 ed. Heidelberg: Müller, 2020, p. 138

¹⁵ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 224-225

¹⁶ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 223

¹⁷ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 137-138

para que se relate o resultado à ação, de forma que a exclusão hipotética da condição para verificar a exclusão do resultado (exame da causalidade pela teoria da equivalência das condições) basta para que se atribua o resultado àquela ação no nível do exame da causalidade. No mesmo exemplo, o TJSP não analisa assim a causalidade: se A atira em B e este morre, a explicação do Tribunal sobre o nexo causal advém do laudo pericial que indica que os tiros disparados são causa da morte, e não do exame hipotético da exclusão da ação tida como causal – essa é a *causalidade biológica*:

Verifica-se, portanto, que o acusado, dolosamente, efetivamente ofendeu a integridade física do ofendido, causando-lhe lesões de natureza grave, conforme constatado nos laudos dos exames de corpo de delito de fls. 107 e 124, caracterizando perfeitamente o delito do artigo 129, §1º, inciso III, do Código Penal. Consigne-se também que o laudo de lesão corporal complementar foi seguro ao concluir que “(...) a vítima sofreu lesões corporais de natureza GRAVE pela debilidade de função mastigatória e fonética” (fls. 124).

(Acórdão nº 12 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0112169-57.2012.8.26.0050 – 13ª Câmara Criminal. Des. Rel. Luis Augusto de Sampaio Arruda. Data de julgamento: 29/08/2019) (destacamos)

Inicialmente, Claudio foi abordado pela porta do passageiro de seu automóvel. Nivaldo, ostentando uma arma de fogo, debruçou sobre o vidro da porta com o intuito de subtrair os bens do ofendido. O recorrente, por sua vez, se dirigiu à porta do motorista e, na sequência, Nivaldo disparou contra Claudio, causando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame necroscópico de fls. 107/111, que foram causa efetiva e determinante de sua morte.

(Acórdão nº 20 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0003066-42.2017.8.26.0050 – 6ª Câmara Criminal. Des. Rel. Claudia Fonseca Fanucchi. Data de julgamento: 25/02/2019) (destacamos)

Antes do exame do mérito do recurso, cumpre enfrentar e refutar as preliminares aduzidas, na medida em que a d. sentenciante fundamentou a presença da materialidade do crime com base na prova testemunhal e no laudo de exame necroscópico de fls. 107/108. A despeito das alegações defensivas, expôs a d. sentenciante, de modo fundamentado, ter restado comprovado o falecimento da vítima, causada por morte violenta causada por trauma crânio encefálico causado por agente contundente, suficiente, portanto, a comprovar a materialidade do delito.

(Acórdão nº 25 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 00999591-91.2014.8.26.0050 – 16ª Câmara Criminal. Des. Rel. Newton Neves. Data de julgamento: 13/06/2018) (destacamos)

O acusado desembarcou do automóvel, aproximando-se da vítima, e anunciou o roubo dizendo: “dá a chave”. Ocorre que a vítima, Major aposentado da Polícia Militar, portava sua arma de fogo, número BPC 627, “marca “Glock”, calibre 380, e tentou utilizá-la, para reagir ao crime. No entanto, o denunciado, ao perceber a reação da vítima, efetuou disparos de arma de fogo, tendo quatro deles atingido a região do rosto de Lupercio, causando-lhe a morte. (...) O nexo

de causalidade entre a conduta do agente e a morte do ofendido é evidente, tendo este vindo a óbito logo após os disparos realizados durante o roubo.

(Acórdão nº 28 do apêndice: TSJP – Apelação Criminal nº 0006539-35.2014.8.26.0052 – 4ª Câmara Criminal. Des. Rel. Edilson Brandão. Data de julgamento: 08/05/2018) (destacamos)

De absolvição não se cogita. João Maluf Junior foi processado e condenado porque, no dia 07/11/2011, ofendeu a integridade física do idoso Fernando Cunha Matos, causando-lhe lesões corporais de natureza grave, conforme laudos de exame de corpo de delito de fls. 23 e 58.

(Acórdão nº 98 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0010530-93.2012.8.26.0050 – 11ª Câmara Criminal. Des. Rel. Fábio Gouvêa. Data de julgamento: 29/06/2018) (destacamos)

Tal resultado de pesquisa é atestado também pelo fato de que o exame da causalidade só existe nos crimes de resultado natural (na amostra analisada tratam-se de lesões corporais dolosas e latrocínio; nos tipos de injusto imprudentes trata-se de homicídio culposo).

Conclui-se, então, que a Dogmática do Tribunal trabalha com uma categoria de análise do tipo objetivo dos tipos de injusto dolosos¹⁸ que é anterior à teoria causal em Direito Penal, na qual o “corpo de delito” – as circunstâncias do fato objetivo – eram confundidas com a previsão legal dos crimes no Código Penal¹⁹. O grande mérito da teoria causal foi justamente diferenciar a definição normativa do crime, como categoria conceitual, do fato em concreto, o que o TJSP ainda não faz na análise da causalidade dos casos em que decide.

Assim, pode-se afirmar, em um primeiro momento da análise, que o Tribunal trabalha a teoria do delito a partir de um paradigma do conceito de crime que é anterior ao causalismo, uma vez que sequer na análise do tipo objetivo existe um exame que incorpore as conquistas científicas do conceito de crime.

1.2. A inexistente imputação objetiva

O exame da causalidade é a análise mínima que deve existir na relação entre ação e resultado. O exame subsequente na análise do tipo objetivo é o da imputação objetiva, que constitui o juízo de valoração a partir do critério de *realização do risco* e da *realização do resultado a partir da criação de tal risco*. Dessa forma, o resultado é imputável objetivamente ao autor, como obra

¹⁸ A *causalidade biológica* também é categoria analítica do Tribunal nos tipos de injusto imprudentes e coexiste com a *causalidade invertida*, conforme será explicado no capítulo seguinte

¹⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 149-150

sua²⁰, quando este, mediante a sua ação, *cria um risco não permitido* para o bem jurídico e *este risco se concretiza em um resultado típico*²¹.

A teoria da imputação objetiva foi uma das mais revolucionárias construções no campo da teoria do delito, pois possibilitou sistematizar diversos problemas da responsabilidade penal, que antes assumiam posições obscuras e demasiadamente controversas, neste plano de análise, com lugar no tipo objetivo²². Além disso, buscou limitar os critérios de imputação e, portanto, de responsabilidade penal pessoal, ao estabelecer critérios normativos que restringiam a atribuição do resultado das ações tidas como causais ao autor. Dessa forma, trata-se de uma avaliação propriamente negativa, em que são apontados critérios de exclusão da imputação²³.

Antes de tais critérios normativos de imputação, havia a percepção de que com a mera causalidade entre ação e resultado estaria preenchido o tipo objetivo do injusto, de forma que a exclusão da imputação penal, em situações em que tal imputação não parecia correta, dar-se-ia pela negação do dolo, ou seja, já no nível do tipo subjetivo²⁴. Porém, tais exclusões eram frágeis²⁵ e incompatíveis com a própria teoria do dolo que adveio com o sucesso da teoria finalista da ação.

No TJSP, a imputação objetiva não é analisada em nenhum acórdão (também não é analisado nos tipos de injustos imprudentes e de omissão da ação). O mero atestado da *causalidade biológica* – categoria que expressa a unidade da causalidade/materialidade operacionalizada pelo Tribunal – é a única análise do tipo objetivo e o único exame utilizado para atestar o nexo entre ação e resultado. Dessa forma, restringem-se as hipóteses de exclusão de imputação à análise do tipo subjetivo²⁶. Observa-se, portanto, que a Dogmática do Tribunal se aproxima justamente da dogmática vigente antes da elaboração da teoria da imputação objetiva.

²⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 128. TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 239

²¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general: fundamentos,, la estructura de la teoría del delito. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Pená; Miguel Díaz y García Conledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1, p. 363

²² STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General*: el hecho punible. Traducción Manuel Cancio Meliá; Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2016, p. 153

²³ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 240-241

²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general: fundamentos,, la estructura de la teoría del delito. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Pená; Miguel Díaz y García Conledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1, p. 362

²⁵ *Ibidem*

²⁶ Entretanto, conforme se verá no item subsequente, a imputação também não tem chances de exclusão no tipo subjetivo do injusto

Assim, frente aos resultados obtidos, pode-se afirmar que a Dogmática do Tribunal está próxima de um modelo causal de Direito Penal²⁷, próprio do século XIX: a partir da afirmação do nexo entre ação e resultado pelo atestado da *causalidade biológica*, e sem qualquer aplicação dos critérios de imputação objetiva, a ação é transformada em um processo causal objetivo em que o resultado aparece como uma forma sem conteúdo.

Explica-se: como não há, ainda no nível do tipo objetivo, uma análise normativa da conduta, a ação torna-se uma forma que corporifica qualquer conteúdo fático para que haja responsabilidade penal. Para o Tribunal, basta uma narrativa linear e coerente, construída a partir da prova dos autos, que se adeque a um tipo legal para que haja imputação do tipo objetivo. Em nenhum momento da decisão tal narrativa descriptiva é tensionada com os aspectos normativos da teoria do delito. Assim, a decisão do TJSP se mantém em um plano somente fático, e não fático-normativo, como exige a disciplina jurídica. Como se verá ao longo deste trabalho, esse é um elemento central da Dogmática do Tribunal.

A ação, portanto, é tida nos moldes da definição mais tradicional do modelo causal, como o movimento corpóreo que produz uma modificação no mundo exterior, ou como, de fato, a causa do resultado²⁸. Mas, no TJSP, ela aparece ainda como um processo tautológico: a ação é a causa do resultado e o resultado é típico porque a ação do agente é a sua causa. Na Dogmática do Tribunal, um laudo que atesta a materialidade do crime, ou seja, a ocorrência do resultado no plano do mundo exterior, é suficiente para que haja imputação penal do resultado típico àquele que realizou a ação descrita nos fatos apurados – o que, como apontado no tópico anterior, é uma construção dogmática que se aproxima ao nível científico anterior à teoria causal.

2. A objetivação do tipo subjetivo do injusto

O tipo subjetivo é formado pelo dolo – sua categoria geral – e pelos elementos especiais do tipo subjetivo, presentes em apenas determinados tipos de injusto, “*sob a forma de intenções ou de tendências especiais ou de atitudes especiais necessárias para precisar a imagem do crime*”²⁹.

²⁷ No item subsequente será explicado porque a Dogmática do Tribunal não está vinculada com o modelo finalista do Direito Penal, que também resolvia os problemas de imputação objetiva com a exclusão do dolo, no tipo subjetivo do injusto

²⁸ TAVARES, Juarez. Fundamentos da teoria do delito. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 137

²⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 131

O dolo consiste na vontade consciente e atual de realizar o tipo objetivo de determinado tipo de injusto³⁰. Essa definição, própria do finalismo³¹, indica que o dolo é a energia produtora da ação definida como crime, de forma que está presente tanto em relação ao resultado típico quanto em relação aos meios de execução. De tal definição se extraem os dois componentes do dolo: (i) o componente intelectivo, que consiste no conhecimento atual do agente sobre todos os elementos do tipo objetivo de determinado tipo de injusto e (ii) o componente volitivo, que consiste na vontade (informada) de realizar determinado resultado típico.

TAVARES, comprometido com a construção de uma teoria do delito crítica, cujo objetivo é limitar a intervenção penal, adiciona uma complementação à definição de dolo: a vontade do sujeito deve abranger a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico³². Nesse sentido, a imputação subjetiva não se esgota em reduzir a descrição dos fatos à configuração típica, que exige a vontade consciente, mas sim abrange todos os elementos que dão suporte à sua existência³³: a imputação subjetiva é o exame da intensidade subjetiva com a qual o agente ingressou na zona ilícita que lesa ou põe em perigo determinado bem jurídico, e deve abranger a relação entre a realização do tipo objetivo com tal lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A partir da constatação do desafio que é analisar as categorias analíticas de fato punível fora dos manuais de Direito Penal, como abordado na Introdução, afirma-se que o julgador, a partir da análise da prova produzida – pois, conforme já mencionado, o *caso penal da vida real* se dá no processo – deve valorá-la a fim de encontrar elementos que indiquem a inexistência da vontade atual e consciente. Não se trata, portanto, de “buscar o dolo”, mas sim de demonstrar a sua impossibilidade naquele caso concreto, de forma a verificar se a intensidade subjetiva da conduta é o suficiente para sustentar a responsabilidade penal³⁴.

³⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 132

³¹ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 373. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 155

³² TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 278

³³ A imputação subjetiva nada mais é, portanto, que a análise da intensidade subjetiva com a qual o agente ingressou em uma zona ilícita que lesa ou põe em perigo determinado bem jurídico, de forma que essa graduação deve ser considerada quando de tal análise

³⁴ Nesse sentido: TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020 p. 273

2.1. O dolo imanente

No TJSP, o dolo, majoritariamente, não é analisado (em 78 dos 89 acórdãos de tipo de injustos dolosos). O Tribunal sequer *busca o dolo*, pois, mesmo quando esta categoria é abordada, na decisão não existe uma valoração concreta de circunstâncias que excluam o conhecimento atual e a vontade do agente em relação à realização do tipo de injusto – muito menos do conhecimento atual e vontade em relação ao bem jurídico como pressuposto de incriminação da norma penal – naquele caso penal. O dolo é meramente presumido a partir dos próprios fatos, ou seja, presumido pela narrativa descriptiva do caso penal:

É que o reexame - nesta instância - do acervo coligido traduz inequívoca convicção quanto ao acerto do desate condenatório e o consequente afastamento da tese desclassificatória ora reiterada porque, como se viu, a acusada confessou ter desferido o chute que provocou a lesão corporal de natureza grave em tela, não lhe socorrendo as escusas (isoladas, diga-se) que externou na mesma seara, no sentido de ter agido de forma violenta, como narrado na denúncia, porque estava embriagada, mas não teve a maldade de machucar a policial (sic), pois esse enredo foi infirmado pelos seguros relatos dos agentes de segurança metroviária (afinados com as declarações deduzidas pela ofendida na fase administrativa - fls. 48/49), claros em demonstrar que a agressora, visando incapacitar a vítima para não ser presa, desferiu chute contra a sua perna - atingindo-lhe o joelho, cujos ligamentos foram rompidos, diante da violência empregada - no momento em que ela estava sendo conduzida à viatura do corpo de segurança, conduta inequivocamente imbuída da vontade livre e consciente de lesionar a funcionária e se eximir de responsabilidade criminal pelo furto que cometera momentos antes.

(Acórdão nº 6 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0051534-08.2015.8.26.0050 – 5ª Câmara Criminal. Des. Rel. Juvenal Duarte. Data de julgamento: 18/10/2019) (destacamos)

Diante de tais elementos de prova, não há dúvida de que WESLEY agiu dolosamente, não havendo se falar em absolvição, até porque, diante da prova oral coligida, ficou evidente que o réu teve a intenção de agredir as vítimas, que acabaram sofrendo as lesões corporais descritas nos laudos de fls. 25/26, 27/28, 76/77 e 82/83.

(Acórdão nº 9 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0043982-89.2015.8.26.0050 – 6ª Câmara Criminal. Des. Rel. Ricardo Tucunduva. Data de julgamento: 30/08/2018)

As versões apresentadas pelo ofendido e testemunha encontram respaldo no resultado do laudo de exame de corpo de delito, realizado em 13.02.2017, que atestou que o ofendido Paulo sofreu equimoses violáceas nas regiões: infraorbital esquerda do crânio, maxilar esquerdo do crânio, nasal, pálpebra superior direita, posterior do antebraço direito, posterior do antebraço esquerdo, cotovelo esquerdo, além de turvação no olho direito, estando com a pupila pouco dilatada (fls. 25/26). Realizado novo laudo pericial aos 12.06.2017, constatou-se que o ofendido apresentou anisocoria (pupila direita maior que a esquerda), provocada

por agente contundente, *necessitando-se de um laudo pericial complementar (fls. 46/47), que foi juntado às fls. 62/64, e constatou que a vítima sofreu lesões corporais de natureza grave pela debilidade da visão decorrente da lesão sofrida na data de 10.02.2017. Ademais, o laudo pericial juntado às fls. 14/17, confirma os danos causados no veículo da vítima. Dessa forma, a meu ver, o animus laedendi restou devidamente comprovado.*

(Acórdão nº 108 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0006578-83.2017.8.26.0001 – 8ª Câmara Criminal. Des. Rel. Ely Amioka. Data de julgamento: 11/04/2019) (destacamos)

O dolo operacionalizado pelo Tribunal advém do próprio fato objetivamente típico, como uma característica essencial deste, sem que haja análise concreta de seus componentes (elemento cognitivo e volitivo do dolo). Trata-se, assim, do *dolo imanente*: quando da verificação de que a conduta apurada é objetivamente típica, a partir, também, das categorias analíticas da Dogmática do Tribunal (afirmação do tipo objetivo pela constatação da *causalidade biológica*), afirma-se a tipicidade subjetiva por *presunção*, como se o dolo fosse uma determinação embutida na própria realização do tipo objetivo pelo agente³⁵. Assim, a imputação subjetiva se esgota na redução dos fatos, por sua descrição, à configuração objetivamente típica.

Em resumo: a partir da narrativa descritiva do caso penal, atesta-se o nexo causal (no âmbito do tipo objetivo) pela materialidade do crime e, nessa materialidade, está embutido o dolo, que o Tribunal, portanto, presume da mesma narrativa descritiva que advém dos autos.

A principal consequência da operacionalização de um *dolo imanente* é que o tipo subjetivo dos tipos de injusto dolosos – que têm o dolo justamente como elemento genérico central – é objetivado, sendo extraído precisamente do tipo objetivo.

No mais, relacionando o *dolo imanente* com o fato de que não existe análise de imputação objetiva do tipo no TJSP, percebe-se que as possibilidades de exclusão da imputação são significativamente reduzidas. Isso é deduzido do (i) padrão condenatório do TJSP (há somente 10 acórdãos de absolvição) e (ii) da fundamentação dos acórdãos absolutórios da amostra, que, majoritariamente, se apoiam no art. 386, VII, Código de Processo Penal, de forma que o *locus* da absolvição se dá somente pela insuficiência da produção probatória (7 de 10 acórdãos absolutórios absolvem pela insuficiência de provas), e não pela constatação da inexistência de crime a partir da análise das categorias analíticas de fato punível. Tal questão é importante, uma vez que, mesmo em situações em que não haja insuficiência probatória, deve haver o exame da dogmática penal

³⁵ A falta de análise na maioria dos acórdãos da amostra obtida é um indicativo deste resultado de pesquisa

para atestar se de fato há crime: como o Tribunal não tensiona os fatos construídos processualmente com a normatividade da teoria do delito, resta apenas a possibilidade de absolvição pela fragilidade do conjunto probatório do ponto de vista fático.

Este resultado de pesquisa corrobora a constatação de que a Dogmática do Tribunal é próxima do modelo causal de Direito Penal. Para o finalismo, “*a vontade consciente do objetivo, que dirige o acontecimento causal, é a espinha dorsal da ação finalista*”³⁶, ou seja, o dolo determina o acontecimento causal³⁷. O Tribunal ao trabalhar com o *dolo imanente*, embutido no tipo objetivo e, por isso, presumido, não tem o dolo como elemento central da ação e da tipicidade, mas sim como um ricochete do fato tido como objetivamente típico – e aqui reside a aproximação com o paradigma causalista. Como define WELZEL, segundo a teoria da ação causal “*o conteúdo de vontade é somente o reflexo subjetivo do acontecer exterior na psique do autor*”³⁸, de forma que o dolo é trabalhado, então, na culpabilidade³⁹.

Conclui-se, então, que o dolo da Dogmática do Tribunal é o *dolo imanente*, cuja principal característica é ser presumido a partir do tipo de injusto, o que acaba por objetivar o tipo subjetivo do tipo de injusto. Essa operacionalização do conceito de dolo aproxima ainda mais o Tribunal do paradigma causal de Direito Penal, conforme se apontou também no capítulo anterior.

2.1.1. O dolo eventual nos tipos de injusto qualificados pelo resultado

A teoria do delito diferencia três espécies de dolo: o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual⁴⁰. No item anterior, discutiu-se acerca do dolo como elemento geral do tipo subjetivo, sem diferenciar as espécies de dolo, pois, no que tange ao dolo direto (dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau), tal diferenciação não existe na amostra de acórdãos analisada⁴¹ e os resultados expostos anteriormente abrangem tanto o dolo

³⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Traducción por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 40. Tradução livre

³⁷ Definição de dolo por Welzel: “*dolo, como conceito jurídico, é aquela vontade finalista de ação que é direcionada para a realização das características objetivas de um tipo de injusto*” (WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Traducción por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 43. Tradução livre)

³⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Traducción por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 44. Tradução livre

³⁹ Como será exposto no Capítulo IV, o TJSP trabalha com a gradação do dolo no conceito de culpabilidade, ainda que tal conceito não seja operacionalizado como categoria analítica do conceito de crime, mas sim como circunstância judicial a ser analisada na dosimetria da pena

⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 134

⁴¹ Não há casos que ensejariam a análise do dolo direto de segundo grau

direto de primeiro grau quanto o dolo eventual. Entretanto, há uma especificidade da objetivação do dolo eventual nos crimes qualificados pelo resultado que merece um item explicativo próprio, por ser bastante característica da Dogmática do Tribunal.

A distinção entre dolo eventual e culpa consciente é uma das questões mais complicadas da teoria do delito⁴², razão pela qual existem diversas teorias que pretendem delimitar a diferença entre a culpa consciente e o dolo eventual a partir da definição conceitual de ambas as categorias analíticas do tipo subjetivo. Dentre as mais sofisticadas teorias de diferenciação, e dominante na teoria e jurisprudência alemã⁴³, destaca-se a teoria do “levar a sério” (*Ernstnahmetheorie*), que define o dolo eventual pela séria consideração da possível realização do resultado típico e a conformação do agente com tal resultado típico⁴⁴.

O TJSP define, majoritariamente, o dolo eventual pela vulgar expressão “assumir o risco da produção do resultado”, que reflete o disposto no art. 18, I, CP⁴⁵:

Dito de outra forma, e a prova oral assim demonstra, a acusada desferiu um golpe com um copo de vidro na lateral da face da ofendida e, quem assim age, quem agride o rosto de outrem com um objeto de vidro, ao menos assume o risco da produção de lesões.

(Acórdão nº 3 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0069893-40.2014.8.26.0050 – 4ª Câmara Criminal. Des. Rel. Camilo Léllis. Data de julgamento: 14/05/2019) (destacamos)

Por óbvio, aquele que, acompanhado de outros, se lança na prática de roubo sabendo que seu grupo carrega arma de fogo está assumindo conscientemente o risco de produzir o latrocínio em face da vítima inocente cuja vida acabaram todos por ceifar.

(Acórdão nº 19 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0045724-81.2017.8.26.0050 – 2ª Câmara Criminal. Des. Rel. Sérgio Mazina Martins. Data de julgamento: 11/03/2019) (destacamos)

As provas colhidas nos autos revelaram-se hábeis e seguras para demonstrar o propósito do suplicante, juntamente com Nivaldo (falecido), de subtrair patrimônio do ofendido Claudio e de terem assumido o risco de ceifar a vida deste, manifestado no deliberado emprego de arma de fogo, ostentada por Nivaldo e apontada para a vítima na execução do crime, a fim de gravemente ameaçá-la, o qual acabou por efetuar os disparos que causou sua morte.

⁴² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 137

⁴³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 140

⁴⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 137-138. Também: BEULKE, Werner et al. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Die Straftat und ihr Aufbau. 50 ed. Heidelberg: Müller, 20, p. 187. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 156

⁴⁵ Art. 18, I, CP. Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

(Acórdão nº 20 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0003066-42.2017.8.26.0050 – 5ª Câmara Criminal. Des. Rel. Claudia Fonseca Fanucchi. Data de julgamento: 25/02/2019) (destacamos)

Cabe aqui pontuar a crítica de CIRINO DOS SANTOS:

“a definição legal de categorias científicas é inconveniente, pelo risco de fixar conceitos em definições defeituosas ou superadas, como é o caso da lei penal brasileira: nem o dolo direto é definível pela expressão querer o resultado, porque existem resultados que o agente não quer, ou mesmo lamenta atribuíveis como dolo direto; nem a fórmula de assumir o risco de produzir o resultado parece adequada para definir o dolo eventual”⁴⁶.

Em razão deste legalismo na análise de tal categoria, não existe a incorporação do desenvolvimento teórico-científico da teoria do delito na Dogmática do Tribunal⁴⁷. Aponta-se que tal expressão também é presente nos tipos de injusto imprudentes (acórdãos de nº 63 e 76 do apêndice, a título de exemplo)⁴⁸, o que revela que o Tribunal não diferencia dolo eventual e culpa consciente ancorado na técnica penal.

A partir de tal definição defeituosa do dolo eventual e do *dolo imanente* articulado pelo Tribunal, observa-se da amostra analisada que nos crimes qualificados pelo resultado – que na doutrina penal são os chamados crimes preterdolosos, cujo resultado mais grave pode ser atribuído ao agente dolosa ou culposamente – o resultado mais grave é sempre atribuído a título de dolo. Dessa forma, o dolo eventual na Dogmática do Tribunal – objetivado, pois espécie do *dolo imanente* – aparece como uma *fórmula mágica* de imputação do resultado mais grave, que não só advém do tipo objetivo, mas também é estendido para abranger o resultado mais grave que qualifica o tipo penal. Em um dos acórdãos analisados a operacionalização do dolo eventual como *fórmula mágica* é bastante evidente, uma vez que indiferente a vinculação subjetiva do agente com o resultado mais grave:

O latrocínio é um crime complexo, formado pela junção de roubo + homicídio, o dolo é exigido na conduta antecedente, atinente à lesão ao patrimônio da

⁴⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 134

⁴⁷ Tal fenômeno aparece em outros momentos da análise do conceito de crime e será explicado no último capítulo desta monografia

⁴⁸ “Ao trafegar além dos limites da região, Caio assumiu o risco do gravíssimo acidente e é o responsável pela morte de sua amiga” (Acórdão nº 63 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0016937-29.2016.8.26.0001 – 11ª Câmara Criminal. Des. Rel. Xavier de Souza. Data de julgamento: 23/10/2019). “Assim, quem se conduz desta maneira, ignorando regras básicas de trânsito, assume os riscos do resultado” (Acórdão nº 76 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0012794-84.2013.8.26.0006 – 8ª Câmara Criminal – 8ª Câmara Criminal. Des. Rel. Luis Soares de Mello. Data de julgamento: 05/06/2018)

vítima, já na conduta subsequente, que resulta na morte, que pode ser da vítima do patrimônio ou de qualquer outra pessoa que esteja conectada ao roubo, não se exige o dolo, podendo tal ato ser praticado com culpa. Por isto, mesmo que o crime tenha sido praticado com o preterdolo, o delito de latrocínio restou configurado.

(Acórdão nº 23 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0005299-37.2016.8.26.0635 – 11ª Câmara Criminal. Des. Rel. Paulo Rossi. Data de julgamento: 29/06/2018)

As implicações sistemáticas são duas: (i) a participação dolosamente distinta é sempre negada, uma vez que não se analisa concretamente o elemento subjetivo da conduta de cada um dos agentes; (ii) sempre é possível haver imputação por coautoria, o que não poderia acontecer caso o resultado mais grave fosse atribuído aos agentes por imprudência. Dessa forma, observa-se que análises superficiais no início do esquema de exame das categorias analíticas de fato punível impedem análises completas e corretas posteriormente, justamente porque a teoria do delito é calcada em uma estrutura de análise escalonada e prejudicial.

No mais, tal processo rumo à *responsabilização objetiva* no Direito Penal viola o princípio da culpabilidade, pois, como ensina BATISTA, em sua *Introdução crítica*, “o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade”⁴⁹, de forma que um resultado jamais pode ser imputado sem a consideração da relação entre autor e resultado.

Por fim, aponta-se que é muito evidente nas decisões de tipos qualificados pelo resultado⁵⁰ não existir abstração em relação ao tipo penal para a análise dos elementos das categorias analíticas de fato punível, ou seja, elementos de parte geral, generalizável para qualquer tipo de injusto. Observa-se em diversos acórdãos a expressão “dolo eventual no latrocínio” para definir um elemento integrante do conceito de crime – o dolo – a partir de determinações específicas de um único tipo penal:

O dolo no crime de latrocínio abrange a assunção dos riscos inerentes à conduta dos demais agentes, conforme se dá no caso ora em apreço, uma vez que o apelante, estando em companhia de terceira pessoa não identificada, se dispôs efetivamente a cometer o crime de roubo mediante concurso de agentes e emprego de arma de fogo.

(Acórdão nº 29 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0091691-86.2016.8.26.0050 – 8ª Câmara Criminal. Des. Rel. Grassi Neto. Data de julgamento: 26/04/2018) (destacamos)

⁴⁹ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 100

⁵⁰ Todos os acórdãos que decidem sobre o crime de latrocínio e as lesões corporais com resultado morte

Assim, desenvolve-se uma lógica decisória fundada na jurisprudência do próprio Tribunal, bem como de instâncias superiores, que esvaziam a análise do dolo eventual como um elemento geral da teoria do delito para o aplicar de forma microanalítica, referenciada num único tipo penal.

Nesse sentido, as chances de exclusão da imputação do resultado mais grave do tipo qualificado, bem como a incidência de participação dolosamente distinta, são inexistentes, uma vez que não existe *locus* para a análise correta do dolo eventual nem decisões jurisprudenciais que excluam o dolo, já que estão referenciadas nessa construção *à la Tribunal* completamente especificada em relação aos crimes qualificados pelo resultado.

2.2. Elementos especiais do tipo subjetivo

Como apontado no início do capítulo, os elementos especiais do tipo subjetivo, presentes apenas em determinados tipos de injusto, são características específicas do tipo subjetivo que revelam intenções, tendências e atitudes especiais⁵¹. Cabe apenas pontuar uma evidência da análise da amostra relativa aos elementos especiais do tipo subjetivo na Dogmática do Tribunal.

No TJSP, tais elementos especiais aparecem efetivamente como o dolo direto de 1º grau, de forma que é a intenção (*überschießender Innentendenz*), enquanto elemento especial do tipo subjetivo, que define a *intenção (Absicht)* do elemento volitivo do dolo. Ou seja, o Tribunal define o dolo, nos crimes em que o tipo exige elementos especiais do tipo subjetivo⁵², pela motivação e suas tendências especiais de atitude:

Nesse aspecto, ao contrário do que pretende fazer crer a Defesa, todo tipo de relacionamento sexual, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, passível de gerar prazer sexual, satisfazendo a lascívia do agente, faz parte do núcleo do tipo, enfocando a vítima como critério de tutela jurídico-penal, não havendo, portanto, que se falar em atipicidade da conduta.

(Acórdão nº 49 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0090924-48.2016.8.26.0050 – 6ª Câmara Criminal. Des. Rel. Zorzi Rocha. Data de julgamento: 12/12/2019)

Observo, ademais, que, para a configuração do delito em tela [estupro] não é necessário que haja contato físico entre a vítima e o réu.⁵³

(Acórdão nº 53 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0000123-39.2016.8.26.0001 – 9ª Câmara Criminal. Des. Rel. Sérgio Coelho. Data de julgamento: 28/11/2019)

⁵¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 158

⁵² Na amostra, são crimes de latrocínio, furto e estupro

⁵³ De forma que basta a finalidade de satisfação da lascívia para que se configure o crime de estupro

Certo é que restou claramente confirmado pela dinâmica dos fatos a conotação sexual na investida do acusado contra a vítima, evidenciando que tinha ele a intenção de com ela praticar conjunção carnal ou atos libidinosos e, para conseguir seu intento, abordou a ofendida se fazendo passar por pessoa ligada ao programa “Big Brother”, de modo que nas condições em que praticada a conduta se verificou o elemento fraude, ao passo que foi a ofendida induzida a erro, permitindo, assim, que o réu obtivesse seu consentimento para acompanhá-lo até o local dos fatos.

(Acórdão nº 59 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0096933-89.2017.8.26.0050 – 16ª Câmara Criminal. Des. Rel. Newton Neves. Data de julgamento: 29/10/2019)

II. Os tipos de injusto *culposos*

Inicialmente, cabe elucidar a nomenclatura empregada no presente capítulo. Adota-se a opinião de que o termo *imprudência* é aquele cientificamente adequado aos tipos de injusto em questão, por remeter ao conceito de lesão do dever de cuidado objetivo. Tal conceito que caracteriza os crimes imprudentes na moderna teoria de fato punível, é, portanto, mais preciso do que o termo *culpa*⁵⁴. Entretanto, o presente capítulo é denominado “os tipos de injusto *culposos*” em conformidade com a denominação do senso comum em teoria do delito, justamente porque é assim que a Dogmática do Tribunal trabalha: conforme será apontado no item 2 deste capítulo, o Tribunal está preso nas antigas formas de culpa – a imprudência, imperícia e negligência – como conceitos de definição dos crimes imprudentes, não se apoiando no conceito de lesão ao dever de cuidado objetivo para a imputação dos tipos de injusto imprudentes. Dessa forma, considerou-se mais adequado adotar a nomenclatura que faz jus à Dogmática do Tribunal.

A moderna teoria do delito conceitua a imprudência a partir do conceito de lesão ao dever de cuidado objetivo e de risco permitido. Tais conceitos não estão em posição de contradição, mas são, na verdade, complementares, na medida em que o dever de cuidado objetivo indica o comportamento jurídico que deve ser observado pelo autor individual – norma mandamental –, enquanto o risco permitido indica os limites normativos que devem ser observados a partir da infração desse dever de cuidado objetivo⁵⁵.

Dessa forma, na análise da tipicidade dos crimes imprudentes, deve-se determinar se a conduta foi cuidadosa ou não a partir do referencial normativo imposto pelo dever de cuidado objetivo, delimitando a ação descuidada pela verificação do risco direcionado à lesão do bem

⁵⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 161

⁵⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 166

jurídico⁵⁶. Tal análise é, portanto, dupla, uma vez que a primeira etapa diz respeito a uma investigação normativa, destinada a indicar a infração ao dever de cuidado objetivo existente, e a segunda diz respeito propriamente à imputação, fundada no critério do risco não permitido⁵⁷.

Tal questão é extremamente importante para estruturar os tipos de injusto imprudentes, uma vez que, diferentemente dos tipos de injusto dolosos, a relação do agente com o objetivo pretendido com a sua ação não é o resultado típico, uma vez a energia produtora da ação não se volta à realização do tipo de injusto. Assim, o objetivo do agente “culposo” na realização de sua conduta só pode ter relevância jurídico-penal na relação do agente com o risco de sua ação⁵⁸. Isso significa que, como o resultado típico não é a referência dos tipos de injusto imprudentes, o objeto de referência deve necessariamente ser o dever de cuidado objetivo imposto pela norma mandamental e pelo critério do risco⁵⁹.

Retomando a dimensão de que o dever de cuidado e do critério do risco associam-se, não se pode afirmar que a infringência de normas de ordem pública, como o são as normas de trânsito, resulta automaticamente na lesão de dever de cuidado objetivo, necessária para fundamentar a imputação por um tipo de injusto imprudente⁶⁰. Isso porque o dever de cuidado objetivo, como objeto de referência da ação imprudente, se relaciona à conduta concreta e, portanto, com as circunstâncias concretas do caso penal. Dessa forma, a identificação do dever de cuidado objetivo dá-se tanto pelas normas mandamentais quanto pelas circunstâncias concretas do contexto em que se deu a ação imprudente; é somente assim que se pode afirmar que determinada infração a normas de cuidado gerais representa a lesão do dever de cuidado objetivo apta a caracterizar uma conduta imprudente.

Ressalta-se que os apontamentos do parágrafo anterior têm especial relevância para análise da Dogmática do Tribunal, uma vez que os tipos de injusto imprudentes da amostra analisada são todos relativos a crimes de trânsito e, como aponta TAVARES, “*há um erro comum, principalmente, na jurisprudência, de considerar que a forma grosseira como são infringidas estas normas [normas de trânsito] conduziria à lesão ao dever de cuidado (...)*”⁶¹ – é assim que o Tribunal operacionaliza a imputação a título de imprudência, mas de forma muito mais pobre pelo

⁵⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 323

⁵⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 331

⁵⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 320

⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 334

⁶⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 346

⁶¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 346

ancoramento nas formas de imprudência, as antigas *imprudência, imperícia e negligência*, conforme se analisará a seguir.

1. O protagonismo das antigas *imprudência, imperícia e negligência*

O Tribunal não caracteriza os tipos de injusto imprudentes pela lesão ao dever de cuidado objetivo, imposto por uma norma mandamental do ordenamento jurídico, pelas circunstâncias concretas em que se deu a ação, e pelo critério do risco permitido (há apenas três acórdãos que mencionam a lesão ao dever de cuidado objetivo: acórdão nº 20, nº 66 e nº 74 do apêndice). Para configurar a culpa nas suas decisões, o TJSP lança mão das “*três culpas*”: a imprudência, a imperícia e a negligência, dispostas no art. 18, II, CP⁶². O que o dispositivo mencionado faz, para determinar a definição de crime culposo, não é na verdade uma definição, mas sim a listagem de modalidades do comportamento imprudente, que remetem à teoria causal⁶³. Assim, o Tribunal, ancorado no que dispõe o Código Penal, não incorpora à sua dogmática a construção da moderna teoria de fato punível, que justamente se volta a traçar critérios mais precisos de imputação dos tipos de injusto imprudentes.

No modelo causal de tipo de injusto, a imprudência é caracterizada por essa falta de preocupação, que se expressa na “negligência”; pela falta de conhecimentos técnicos para a realização de determinada ação, o que caracteriza a “imperícia”; e pela falta de cuidado e atenção na execução de determinadas atividades, o que seria a “imprudência”. Entretanto, já havia neste modelo teórico uma dimensão normativa, ao lado da vinculação psicológica entre agente e o resultado (elemento da culpabilidade), como elemento de caracterização do tipo de injusto dos crimes imprudentes, expresso justamente nessa *atenção, capacidade e preocupação* exigidas pela ordem jurídica⁶⁴.

Ainda que se possa afirmar que, apesar de ser um resquício do modelo causal, as três modalidades – imprudência, imperícia e negligência – têm, em sua estrutura, implicitamente, a noção de lesão ao dever de cuidado⁶⁵, o problema do Tribunal estar restrito a essa categorização

⁶² Art. 18: Diz-se o crime: II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

⁶³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 165

⁶⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 57

⁶⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 309. Entretanto, apesar de trazer essa conclusão sobre a noção de lesão ao dever de cuidado objetivo estar presente nas categorias de imprudência, imperícia e negligência, TAVARES afirma que “*estas velhas modalidades já perderam a razão de ser*,

da imprudência é que ele não trata tais modalidades da culpa como categorias analíticas, mas sim como a culpa em si.

Isso significa que a Dogmática do Tribunal, mais uma vez, ignora a estrutura analítica de fato punível e, nos tipos de injusto imprudente, não investiga no caso penal se houve, propriamente, a violação do dever de cuidado objetivo, nem mesmo do modo primitivo da teoria causal. Diante de um resultado típico e da mera violação de uma regra de trânsito – que não coincide, necessariamente, com o dever de cuidado objetivo exigido⁶⁶ –, o Tribunal operacionaliza as antigas *imprudência, imperícia e negligência*, para, de forma grosseira, indicar a culpa:

Certo é que o apelante agiu com manifesta imprudência, pois trafegava pelo local dos fatos em velocidade incompatível para a via, com o pneu dianteiro direito em mau estado de conservação (cf. laudo pericial de fls. 31) sendo que, ao avistar o veículo VW/Brasília não conseguiu frear a tempo, colidindo na parte traseira do referido veículo, ficando as vítimas presas nas ferragens, sendo que MARGARIDA veio a óbito. Ademais, estava impedido para conduzir veículo. A imprudência restou caracterizada e a condenação pelo art. 302, §1º, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro é medida de rigor.

(Acórdão nº 64 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0054794-40.2008.8.26.0050 – 5ª Câmara Criminal. Des. Rel. Damião Cogan. Data de julgamento: 24/10/2019) (destacamos)

Assim, a culpa do réu, na modalidade imprudência, restou seguramente demonstrada.

(Acórdão nº 70 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0015915-42.2012.8.26.0011 – 10ª Câmara Criminal. Des. Rel. Nuevo Campos. Data de julgamento: 23/05/2019)

Não resta dúvida, portanto, que o réu, condutor do ônibus, agiu imprudentemente, já que ingressou no cruzamento sem respeitar a preferência de passagem da motocicleta, interceptando a trajetória da vítima, dando causa ao acidente.

(Acórdão nº 75 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0004870-73.2009.8.26.0002 – 9ª Câmara Criminal. Des. Rel. Márcio Eid Sammarco. Data de julgamento: 09/08/2018)

Nesse sentido, a culpa não é um atributo da conduta, que, para que tenha relevância jurídico-penal, deve ter como referente normativo o dever de cuidado objetivo, mas sim atributo do próprio autor, tido como desatento, descuidado, incapaz:

De efeito. A dinâmica própria dos acontecimentos, antes descrita e só por si, já mostra culpa evidente, aliás, culpa crassa. De efeito. Quem, sem qualquer cautela, efetua conversão em via pública, sem observar veículos que trafegam em sentido

diantre da moderna investigação do conteúdo do injusto penal, que as engloba num conjunto uniforme e harmônico, de acordo, aliás, com sua estrutura normativa”.

⁶⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 346-347

contrário, causando acidente mortal, evidentemente age de forma imprudente e sem observar as regras mais elementares de cuidado no trânsito. Para dizer o mínimo. (Acórdão nº 76 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0012794-84.2013.8.26.0050 – 8ª Câmara Criminal. Des. Rel. Luis Soares de Mello. Data do julgamento: 05/06/2018)

Portanto, ao simplesmente atestar a *imprudência, imperícia e negligência*, a Dogmática do Tribunal não se baseia no referencial normativo da imputação dos crimes culposos – a lesão do dever de cuidado objetivo, dimensionado também pelo critério do risco permitido – porque ignora justamente a relação material-normativa entre conduta e tipo e trata a culpa como um atributo do autor, representando a sua relação psicológica com a ação no âmbito do tipo de injusto. Dessa forma, o Tribunal trabalha justamente como manda a teoria causal: culpa é uma relação psico-subjetiva do autor com o resultado típico:

Quanto à culpabilidade, não resta dúvida sobre a imprudência.

(Acórdão nº 69 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0002504-79.2014.8.26.0004 – 14ª Câmara Criminal. Des. Rel. Marco de Lorenzi. Data de julgamento: 06/06/2019)

A diferença reside no fato de que no modelo causal, pelo menos, esta relação psicológica tem lugar na teoria do delito – na culpabilidade – e é operacionalizada através do conceito de previsibilidade do resultado pelo autor, de forma que haveria a possibilidade de exclusão da imputação tanto no nível do tipo, em que se concentram as circunstâncias objetivas do conceito de crime, quanto no nível da culpabilidade, em que se concentram as circunstâncias subjetivas do conceito de crime.

No Tribunal, além da configuração da culpa sem a devida análise do tipo objetivo dos tipos de injusto imprudentes, a previsibilidade, que representaria a esperança da exclusão de imputação, é presumida – como demonstrar-se-á no item a seguir – e a culpabilidade como conceito normativo é inexistente, como será explicado nos capítulos seguintes. Dessa forma, não há chance de exclusão da imputação – resta ao cidadão torcer para não se envolver em um acidente de trânsito no estado de São Paulo.

2. A causalidade invertida: confusão entre causalidade e imputação objetiva

Assim como nos crimes dolosos, o nexo entre a ação e resultado pertencente ao tipo objetivo exige (i) a relação de causalidade, expressa a partir da teoria da equivalência das condições; (ii) a imputação objetiva, pelos critérios de criação de risco não permitido e pela

realização de tal risco no resultado típico; e, por fim, os tipos de injusto imprudentes exigem (iii) a previsibilidade do resultado pelo autor⁶⁷.

Conforme explicado no capítulo anterior, a Dogmática do Tribunal trabalha com uma *causalidade biológica*, em que o nexo causal entre ação e resultado se confunde com o mero atestado de materialidade do crime, demonstrado através dos laudos periciais. Tal categoria do Tribunal também tem lugar nos tipos de injusto imprudentes:

No caso em apreço, é fato incontrovertido que a vítima faleceu em razão da colisão com o veículo dirigido pelo acusado, conforme constatado no laudo de exame necroscópico (fls. 83/84) e no laudo de exame de local de acidente de trânsito (fls. 54/67).

(Acórdão nº 75 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0004870-73.2009.8.26.0002 – 9ª Câmara Criminal. Des. Rel. Márcio Eid Sammarco. Data de julgamento: 09/08/2018)

(...) colhendo a vítima que pilotava referida motocicleta e nela causando politraumatismo provocado por agente contundente, o que foi a causa efetiva e determinante de sua morte, consoante o laudo de exame necroscópico de fls. 56/57.

(Acórdão nº 67 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0000802-72.2017.8.26.0011 – 16ª Câmara Criminal. Des. Rel. Newton Neves. Data de julgamento: 28/08/2019)

Mas, nos tipos de injusto imprudentes, como será exposto no presente item, além da *causalidade biológica*, o Tribunal trabalha com uma *causalidade invertida*, em que não se analisa a causalidade mediante a exclusão hipotética da causa para verificar se restaria também excluído o resultado típico, mas sim se o comportamento conforme o dever de cuidado objetivo⁶⁸ teria evitado o resultado – caso esse questionamento seja positivo, o Tribunal atesta a causalidade entre ação e o resultado:

Pois bem, não há dúvidas de que o réu conduzia seu veículo em velocidade acima da permitida. Assim sendo, ainda que tenha tido um mal súbito que não provou, o excesso de velocidade o impediu de ter a reação necessária que impediria o trágico acidente ou mesmo a morte de sua passageira. Tivesse o mal súbito e estivesse na velocidade indicada para a via, de 50 km/hora, pode ser que Lethícia tivesse chance de sobreviver.

(Acórdão nº 63 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0016937-29.2016.8.26.0001 – 11ª Câmara Criminal. Des. Rel. Xavier de Souza. Data de julgamento: 23/10/2019) (destacamos)

⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 174

⁶⁸ Conforme exposto no item anterior, o TJSP não trabalha com o conceito de lesão ao dever de cuidado objetivo. Tal formulação foi empregada na exposição da *causalidade invertida* por fins didáticos e por corresponder ao conceito utilizado pela teoria do delito, mas não é a partir deste conceito que o Tribunal articula a análise da causalidade

Ademais, observo que a versão do réu, no sentido de que houve culpa exclusiva de terceiro (o condutor de um automóvel Volkswagen Golf, de cor vermelha, teria colidido na traseira de sua moto, propositalmente, por duas vezes, em razão de um desentendimento anterior ocorrido entre ele e ISAAC) não restou comprovada, ônus que incumbia à defesa (cf. art. 156 do Código de Processo Penal) e, mesmo que ao contrário fosse, não influenciaria no desfecho da causa, visto que a ausência de capacete, e a quebra de dever de cuidado de FELIPE, por si só já revela causa eficiente e direta, vale dizer, mesmo que se supusesse que o acidente ocorreu do modo como foi narrado pelo réu, ainda assim estaria caracterizada sua culpa grave.

(Acórdão nº 73 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0013277-16.2012.8.26.0050 – 7ª Câmara Criminal. Des. Rel. Alberto Anderson Filho. Data de julgamento: 21/11/2018) (destacamos)

Quem, sem qualquer cautela, efetua conversão em via pública, sem observar veículos que trafegam em sentido contrário, causando acidente mortal, evidentemente age de forma imprudente e sem observar as regras mais elementares de cuidado no trânsito. Para dizer o mínimo. Não fosse assim, com certeza teria evitado a fatal colisão a que deu causa.

(Acórdão nº 76 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0012794-84.2013.8.26.0050 – 8ª Câmara Criminal. Des. Rel. Luis Soares de Mello. Data do julgamento: 05/06/2018)

No âmbito da imputação objetiva, existem grupos de casos em que resta excluída a imputação a partir do critério da criação do risco. São eles: (i) a fatalidade dos resultados, (ii) resultados incomuns, (iii) resultados que se encontram fora do âmbito de proteção da norma e (iv) a análise de comportamentos alternativos⁶⁹. Como o objetivo da presente monografia é esclarecer o que é a Dogmática do Tribunal, não se explicará cada um desses grupos, mas sim apenas aquele que é útil para elucidar a operacionalização da dogmática penal pelo Tribunal – a análise dos comportamentos alternativos.

A análise de comportamentos alternativos diz respeito à verificação da ocorrência do resultado típico mesmo no caso do agente atuar de acordo com o dever de cuidado objetivo e dentro dos limites do risco permitido. Ou seja, trata-se de uma análise em que se verifica se o resultado típico teria acontecido mesmo com a conformidade do comportamento do agente em relação ao Direito, de forma que restaria excluída a imputação objetiva caso se atestasse que o resultado aconteceria do mesmo modo. Aqui reside o *locus da causalidade invertida* do Tribunal, porque

⁶⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 175

uma categoria própria da imputação objetiva, que serve para excluir a imputação, é manejada pelo TJSP como critério para afirmar a causalidade.

Quando o Tribunal afirma a causalidade a partir do exame do comportamento alternativo – a ação é causal porque, se o agente tivesse realizado a conduta conforme manda o dever de cuidado objetivo, o resultado teria sido evitado – ele subverte a análise do comportamento alternativo para consolidar, justamente, o fundamento – e não a exclusão – da imputação. Dessa forma, o comportamento alternativo passa a ser instrumentalizado para fundamentar o desvalor da ação, sem que se verifique se de fato o resultado típico foi produto da violação do dever de cuidado objetivo daquele autor.

No mais, o Tribunal não indica de forma precisa qual dever de cuidado objetivo foi infringido – e não o poderia mesmo fazer, já que não trabalha com esse critério para caracterização dos tipos de injusto imprudentes –, o que seria de extrema importância nos crimes de trânsito, pois, como já foi mencionado, a infração à norma regulamentar do Código de Trânsito Brasileiro não coincide necessariamente com a lesão ao dever de cuidado objetivo. Sendo assim, trata-se de uma *causalidade invertida* e tautológica, já que não há de forma precisa a indicação de qual seria o comportamento conforme ao direito que deveria ser observado: se houve violação das normas de trânsito e ocorreu um resultado típico, o que deveria ser feito – o comportamento alternativo conforme ao Direito – seria respeitar as regras de trânsito.

Nessa fórmula da *causalidade invertida*, observa-se que há uma presunção da evitabilidade do resultado pela própria realização da conduta imprudente: se a partir da verificação do comportamento alternativo o Tribunal afirma que o resultado seria evitado, *a contrario sensu* afirma-se que o resultado típico era previsível pelo autor a partir da realização da ação imprudente, de forma que a previsibilidade do resultado, conceito analítico próprio da estrutura dos tipos de injusto imprudentes, é presumida pela própria conduta, que em tese, é lesiva do dever de cuidado objetivo.

A consequência da *causalidade invertida* é que uma categoria analítica da imputação objetiva que pretende reduzir e afunilar as hipóteses de responsabilidade penal é aqui usada para expandi-las: na dogmática penal, caso haja comprovação de que o comportamento adequado ao dever de cuidado objetivo não evitaria o resultado típico, o fato não é objetivamente imputável ao autor; na Dogmática do Tribunal, sendo o comportamento contrário ao dever de cuidado identificado, já é atribuído o nexo de causalidade pela presunção da evitabilidade do resultado pela

própria infração ao dever de cuidado. Além de não existir análise de imputação objetiva, a evitabilidade advém da própria contrariedade ao dever objetivo de cuidado, de modo que a mera ação já é o suficiente tanto para caracterizar a *culpa* quanto para concluir pela previsibilidade do resultado pelo autor.

Por fim, não se ignora que parte da doutrina minoritária entende que o critério do comportamento alternativo exclui, de fato, a causalidade, caso se comprove que o resultado teria acontecido mesmo se o agente tivesse agido de acordo com o dever de cuidado objetivo⁷⁰. O problema da Dogmática do Tribunal não reside propriamente em que lugar do esquema da teoria do delito restaria excluída a imputação, mas sim no fato de que ela inverte um critério de garantia e procede a uma análise positiva: caso a ação do agente fosse conforme ao Direito, não haveria resultado – a partir da presunção da evitabilidade – e, assim, afirma-se a causalidade, ao contrário da função de exclusão de imputação que a análise da conduta alternativa tem na moderna teoria de fato punível.

III. A antijuridicidade e a consequência lógica da ilicitude

A antijuridicidade representa a relação de conformidade ou não da ação ou omissão de ação típicas com o ordenamento jurídico como um todo, e em Direito Penal “*representa uma qualidade invariável da ação típica, expressa na contradição entre a ação e omissão de ação e o conjunto das proibições e permissões do ordenamento jurídico*”⁷¹.

A despeito da adoção da teoria bipartida ou tripartida do tipo de injusto, a antijuridicidade é a essência da tipicidade justamente por seu papel, na teoria do delito, de indicar a conformidade ou não da ação ou omissão de ação com o Direito⁷². Essa relação da ação criminalizada (cujos dados essenciais da criminalização estão contidos na tipicidade) com o ordenamento jurídico se dá a partir da verificação da existência de uma norma permissiva no ordenamento⁷³, porque o exame do conceito de crime abrange também as normas jurídicas que excluem a criminalização em determinadas circunstâncias. Assim, a análise da antijuridicidade na teoria do delito é negativa, de forma que sua afirmação se dá a partir da exclusão das causas de justificação contidas em normas

⁷⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018 , p. 370

⁷¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 218

⁷² *Ibidem*

⁷³ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 141

permissivas, representativas de situações excepcionais nas quais as ações ou omissões de ação típicas são permitidas pelo ordenamento jurídico⁷⁴.

As causas de justificação legais, previstas no art. 23, CP⁷⁵ são a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. Porém, a partir da função da antijuridicidade como a categoria analítica que integra a ação ou omissão de ação típica ao conjunto de proibições e permissões do ordenamento jurídico, admite-se que haja causas de justificação supralegais; são elas o consentimento do ofendido, o direito de correção dos pais, a liberdade de expressão e o processo de marginalização social⁷⁶.

Para compor a amostra de acórdãos do TJSP, foram obtidos acórdãos com problemas de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de direito. Não foram obtidos acórdãos que versem sobre o estrito cumprimento de dever legal⁷⁷. Além disso, não houve retorno na busca dos acórdãos de alguma decisão que aplique as causas supralegais de justificação.

Na análise da amostra obteve-se dois resultados generalizáveis para o exame de quaisquer justificações obtidas, de forma a constituir padrões do Tribunal quando da análise da antijuridicidade.

O primeiro padrão é a confusão entre os níveis de análise de determinada causa de justificação, de forma que são analisadas de forma conjunta as situações e ações justificantes:

O mesmo não se diga da reação de Carolina, absolutamente bestial e desproporcional, sem qualquer sombra de albergamento pela legítima defesa, seja porque imoderado o meio empregado, seja porque não sofria injusta agressão, mas, frise-se, apenas a repulsa por sua investida física e tom ameaçador imediatamente pretéritos.

(Acórdão nº 3 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0069893-40.2014.8.26.0050 – 4ª Câmara Criminal. Des. Rel. Camilo Léllis. Data de julgamento: 14/05/2019)

Assim, a nosso ver, é juridicamente impossível o reconhecimento in casu da legítima defesa, seja pela carência de provas quanto à sua caracterização, seja pela ausência de seus requisitos legais, até porque a lesão grave causada no ofendido ultrapassou a moderação do meio imposto.

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ Art. 23: Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito

⁷⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 262. TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 388

⁷⁷ Aponta-se que, diferentemente da legítima defesa e do estado de necessidade, não há um item próprio sobre a operacionalização do exercício regular de direito, pois foram obtidos somente 3 (três) acórdãos que abordam tal causa de justificação

(Acórdão nº 104 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0003950-43.2016.8.26.0006 – 8ª Câmara Criminal. Des. Rel. Sérgio Ribas. Data de julgamento: 28/11/2019) (destacamos)

Não há que se falar em legítima defesa porque ficou demonstrado, estreme de dúvida, que o recorrente deu início às agressões. Além disso, embora possua lesões corporais verificadas nos laudos de fls. 32, 56 e 62, não há possibilidade de reconhecer a ocorrência de agressões recíprocas, pois a desproporcionalidade da violência empregada por Ricardo é manifesta.

(Acórdão nº 109 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0001301-90.2011.8.26.0003 – 15ª Câmara Criminal. Des. Rel. Gilberto Ferreira da Cruz. Data de julgamento: 14/03/2019)

Esse fato, além de demonstrar que o Tribunal não trabalha com um processo decisório escalonado, de acordo com o postulado pela teoria do delito, indica que a Dogmática do Tribunal se baseia somente no artigo legal previsto no Código Penal, como se ali estivessem previstos todos os elementos da causa de justificação, com exclusão da construção doutrinária tanto da ordem de análise quanto dos requisitos de cada causa de justificação. Dessa forma, mais uma vez, observa-se que o legalismo do Tribunal o impede de abrigar os desenvolvimentos teórico-científicos da teoria do delito.

Além disso, essa mistura do nível de análise das justificativas gera problemas sistemáticos na análise do conceito de fato punível: na legítima defesa, o exame do excesso de legítima defesa como excludente de culpabilidade resta prejudicado, uma vez que, a partir da análise global da causa de justificação, não há como verificar se tal excludente de ilicitude foi afastada no nível de ação justificante por ação imoderada, o que ensejaria a análise do excesso em legítima defesa, ou por ausência dos requisitos de existência de situação justificante. Novamente, observa-se que análises superficiais no início da estrutura da teoria do delito impedem que análises posteriores sejam realizadas ao final desse esquema, comprometendo o sistema dos critérios de imputação.

O segundo padrão é o afastamento da existência de uma excludente de ilicitude, majoritariamente a partir da afirmação de que o réu não comprovou a versão de que havia uma situação de excludente de ilicitude:

Ainda que assim não fosse, a mera alegação de que um crime fora cometido para sustento próprio ou da família não tem o condão de excluir a culpabilidade do agente, por lhe ser inexigível conduta diversa. A excludente exige comprovação concreta de que a prática do ilícito penal é o último ato à disposição do agente, demonstração esta que incumbe à defesa, e que não ocorreu.

(Acórdão nº 34 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0001634-56.2015.8.26.0050 – 13ª Câmara Criminal. Des. Rel. Moreira da Silva. Data de julgamento: 03/10/2019)

Igualmente inviável o reconhecimento da excludente de ilicitude da legítima defesa, eis que tal circunstância não restou efetivamente comprovada nos autos por nenhum meio de prova, ônus este que competia à defesa, nos termos do artigo 156, do Código de Processo Penal, sendo certo que o recorrente apresentou versões nitidamente contraditórias entre si, ao passo que a vítima ofereceu relato coeso e coerente em todas as oportunidades em que ouvidas nos autos, sendo sua narrativa inteiramente corroborada pelo exame de corpo de delito de fl. 59.

(Acórdão nº 92 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0001875-90.2014.8.26.0009 – 15ª Câmara Criminal. Des. Rel. Ricardo Sale Júnior. Data de julgamento: 06/12/2018)

Isso, é claro, representa uma completa inversão do ônus da prova, que incumbe à acusação. Tratando-se da análise das categorias analíticas de fato punível, ou seja, de categorias necessárias para configurar o conceito de crime como objeto da persecução penal – pois o Processo Penal não existe sem o conceito de crime e a sua operacionalização –, cabe, sempre, à acusação comprovar a inexistência de uma situação de excludente de ilicitude. Tal prova é direcionada justamente à análise negativa da antijuridicidade, que a atesta a partir da constatação da inexistência de causas de justificação.

A violação da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CR), porém, não se dá somente pela inversão do ônus da prova, mas também na própria operacionalização do conceito analítico de fato punível pelo TJSP: a Dogmática do Tribunal trabalha com a *presunção da ilicitude* a partir do fato típico – analisado, até então, pelos “filtros”⁷⁸ da *causalidade biológica* e do *dolo imanente*. Isso significa que, a partir da subsunção mais simplória e vulgar de determinada ação à letra da lei de um tipo penal, afirma-se a tipicidade objetiva da conduta pela constatação da causalidade/materialidade; a partir da ação objetivamente típica, atesta-se a tipicidade subjetiva da conduta pela via do *dolo imanente*; por ser o fato objetivamente típico e também subjetivamente típico, confirma-se a antijuridicidade de tal fato a partir da exclusão *automática* das justificadoras pela inversão do ônus da prova, isto é, pela presunção da ilicitude do fato típico. Dessa forma, o que existe no lugar do efetivo exame das categorias analíticas de fato punível é uma presunção lógica pela afirmação da ilicitude a partir da afirmação vulgar da tipicidade.

⁷⁸ Entre aspas justamente porque a Dogmática do Tribunal não trabalha com a dogmática penal como *dique de contenção do poder punitivo*, mas sim por presunções que garantem a afirmação das categorias analíticas de fato punível para viabilizar a condenação como regra

Assim, o Tribunal trabalha com a ilicitude, que advém da tipicidade objetiva, como regra, ignorando que a constatação do conceito de crime depende do exame das normas permissivas que subordinam a tipicidade, ou seja, das causas de justificação que se encontram no âmbito da antijuridicidade⁷⁹. Isso é demonstrado empiricamente pela exclusão automática das causas de justificação pelo TJSP, sem efetiva análise escalonada de seus elementos constitutivos (situação justificante e ação justificante), sob a fórmula de que “*o réu não comprovou sua versão*”. Essa operacionalização indica também que o processo de análise é inverso: não se analisa negativamente a antijuridicidade, mas sim a presume no fato típico, o que só seria evitado caso o próprio acusado demonstrasse a existência de alguma causa de justificação.

1. Legítima defesa

Na análise da legítima defesa, o Tribunal, além de misturar os níveis de situação justificante e ação justificante, examina a legítima defesa antes mesmo de analisar a tipicidade da conduta. A partir da ordem de análise própria do Tribunal (explicada no Capítulo IX desta monografia), a legítima defesa consiste no primeiro exame de categoria analítica de fato punível nos acórdãos quando seu exame é exigido:

Dito isso e, embora não seja essa a ordem elencada pela defesa em suas razões, aprecia-se, antes das demais teses, a de legítima defesa. Para tanto, há que se relembrar a prova oral colidida.

(Acórdão nº 4 do apêndice: 0004216-28.2012.8.26.0052 – 4ª Câmara Criminal. Des. Rel. Camilo Léllis. Data de julgamento: 24/09/2019) (destacamos)

Dessa forma, por conta de tal ordem de análise própria, dos elementos próprios para a afirmação da tipicidade, bem como pela presunção da ilicitude, considera-se que, nos casos em que há o exame da legítima defesa, a própria tipicidade é analisada após a exclusão da legítima defesa.

A Dogmática do Tribunal, assim, trabalha com algo que parece um modelo bipartido⁸⁰ de Direito Penal, em que a antijuridicidade não tem autonomia analítica e a legítima defesa consiste

⁷⁹TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 345

⁸⁰ De forma simplificada, o modelo bipartido de crime é aquele em que o tipo de injusto é formado pela unidade entre tipo e antijuridicidade, sendo o primeiro a descrição da conduta criminalizada e o segundo o juízo de valor de tal conduta. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 76

em verdadeiro elemento negativo do tipo, de modo que, se não preenchido, afirma-se a tipicidade. Entretanto, o Tribunal deixa de lado o principal conceito da teoria bipartida de crime: o *injusto*.

Como ensina CIRINO DOS SANTOS⁸¹, o *injusto* consiste na ação típica e antijurídica “*como grandeza variável ou graduável da realização não justificada de comportamentos típicos*”, ou seja, relaciona a conduta típica com a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico concreto, de forma a admitir que existe graduação no conteúdo do injusto e que existem situações em que, apesar de haver tipicidade e ausência de causas de justificação, não há conteúdo de injusto, razão pela qual não deveria haver imputação penal⁸².

O Tribunal, ainda que trabalhe, quando da análise da legítima defesa, com uma união entre tipicidade e antijuridicidade, o faz em razão da presunção da ilicitude pela tipicidade, característica da sua operacionalização do conceito de crime. Ou seja, tal união não é adotada para dimensionar a conduta criminalizada com o conteúdo valorativo do ordenamento jurídico, como informa a teoria do delito a partir do conceito de *injusto*. Portanto, não se trata verdadeiramente de alinhamento com o modelo bipartido de delito, mas sim de uma análise presumida da ilicitude da conduta criminalizada, o que se atribui a partir da exclusão da legítima defesa, por não ter o acusado comprovado tal hipóteses. Assim, a Dogmática do Tribunal afirma a tipicidade e a antijuridicidade da conduta juntas a partir da presunção da ilicitude.

2. Estado de necessidade

Neste item, o estado de necessidade trabalhado pelo Tribunal será descrito brevemente, uma vez que se analisará tal questão no Capítulo VIII do presente trabalho por estar intimamente relacionado com o conceito de crime famélico, que é uma categoria própria na Dogmática do Tribunal.

O TJSP não trabalha com o estado de necessidade como uma questão de parte geral, ou seja, como uma causa de justificação abstrata, mas sim de modo intimamente relacionado ao problema do crime famélico. Conforme será explicado melhor em capítulo próprio, a Dogmática do Tribunal, quando analisa o estado de necessidade nessas condições, exige requisitos que não estão previstos na lei, de forma a afastar o estado de necessidade em razão de crime famélico pelo

⁸¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 218

⁸² Tais situações serão discutidas no Capítulo X desta monografia

não cumprimento de tais requisitos, o que, claramente, representa uma violação ao princípio da legalidade.

Além disso, a partir de tais requisitos extras, existe uma confusão entre estado de necessidade e inexigibilidade de conduta diversa, de forma que, na prática da Dogmática do Tribunal, é como se houvesse um estado de necessidade exculpante⁸³, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro.

O problema central desse articulação do estado de necessidade pelo Tribunal é a violação do princípio da legalidade e a relação necessária que tem com o crime famélico, de forma que a parte especial acaba por se sobrepor à parte geral.

IV. A culpabilidade e a teoria unitária do delito

O conceito normativo de culpabilidade, concebido a partir da teoria finalista de ação, é produto da evolução teórica da teoria do delito⁸⁴, na medida em que componentes normativos, fundados em um juízo de reprovação como fundamento da culpabilidade, foram introduzidos no conceito psicológico de culpabilidade, próprio de uma concepção causal dominante até então, estruturado somente pela capacidade de culpabilidade e relação psicológica do agente com o fato, nas formas de dolo e imprudência.

Os elementos normativos são os responsáveis por trazer à culpabilidade a dimensão da exigibilidade como critério de imputação, na medida em que só é possível responsabilizar penalmente alguém, ou seja, *reprovar* a conduta do autor de um tipo de injusto, se exigível deste autor que pudesse conformar-se ao Direito. Assim, a *inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal* torna-se um fundamento supralegal de exculpação, uma vez que a impossibilidade de se conformar ao Direito naquelas circunstâncias concretas em que se deu a realização do tipo de injusto retiraria do agente a capacidade de agir.

A teoria finalista de ação, ao revolucionar o tipo de injusto, revolucionou simultaneamente a culpabilidade: ao deslocar o dolo e a imprudência ao tipo de injusto, a categoria da culpabilidade restou vazia dos componentes subjetivos que a compunham no modelo causal de Direito Penal, restando preenchida somente pelos critérios normativos, que, paulatinamente, foram introduzidos na culpabilidade a partir do critério da *reprovação* como fundamento da responsabilidade penal⁸⁵.

⁸³ Ou seja, como excludente de culpabilidade

⁸⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 276

⁸⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 279

O conceito normativo de culpabilidade, enquanto conceito analítico de fato punível, após a redefinição das categorias analíticas de fato punível pela teoria finalista, é constituído, portanto, pela (i) capacidade de culpabilidade; (ii) conhecimento do injusto; e pela (iii) exigibilidade de conduta adequada à norma penal⁸⁶. A partir desta estrutura da culpabilidade, a sua análise consiste em duas etapas: na verificação dos elementos constitutivos do conceito normativo da culpabilidade e na ausência de causas de exculpação supralegais⁸⁷. Estas a doutrina admite que sejam o fato da consciência, a provocação de legítima defesa, o excesso em legítima defesa, a desobediência civil e o conflito de deveres.

Na *capacidade de culpabilidade* deve-se verificar as hipóteses de inimputabilidade – incapacidade de culpabilidade – e de capacidade relativa. A inimputabilidade é a “ausência das condições pessoais mínimas de desenvolvimento biológico e de sanidade mental”⁸⁸, definidas na lei penal (arts. 26 e 27, CP) pelo critério etário, determinando que menores de 18 anos são incapazes de responsabilidade penal, e pelo critério biopsicológico, de forma que a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto, se decisivos para que o agente não seja capaz de compreender o injusto ou agir conforme a orientação legal, representam situações de inimputabilidade. Nesse nível de análise, também devem ser verificadas as questões de crimes cometidos por emoção ou paixão e a *actio libera in causa*⁸⁹.

Em relação ao *conhecimento do injusto*, para que haja responsabilidade penal, é imprescindível que o agente tenha o conhecimento real ou potencial do injusto, ou seja, da contrariedade do comportamento típico com o ordenamento jurídico, abrangendo a lesão ou perigo de lesão em relação ao bem jurídico. Mais uma vez, trata-se de uma análise negativa, ou seja, deve-se verificar se há alguma situação em que o agente não tem conhecimento sobre o injusto. É nesse âmbito de análise que reside o *erro*: erro de proibição (direto ou indireto) e erro de tipo permissivo⁹⁰.

Por fim, a *inexigibilidade de conduta diversa* consiste na análise da normalidade ou anormalidade das circunstâncias em que o agente realizou o tipo de injusto, de forma a identificar

⁸⁶ *Ibidem*

⁸⁷ BEULKE, Werner et al. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Die Straftat und ihr Aufbau. 50 ed. Heidelberg: Müller, 2020, p. 323

⁸⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 288

⁸⁹ *Ibidem*

⁹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 306

se era possível exigir dele o comportamento conforme à norma penal. Assim, situações tidas como anormais podem representar situação de *inexigibilidade de conduta diversa*, de forma que não é possível exercer um juízo de reprovação em relação ao tipo de injusto. Desse modo, neste nível de análise, existe um fundamento geral de exculpação a partir da análise concreta da normalidade das circunstâncias em que tenha sido cometido o tipo de injusto⁹¹.

O TJSP não trabalha com a culpabilidade como conceito analítico de fato punível, de forma que a Dogmática do Tribunal lida, então, com um *conceito unitário de delito* que assim é delineado: o crime é definido somente como tipo de injusto, prescindindo da culpabilidade como categoria analítica que compõe o conceito de crime. Dessa forma, a culpabilidade converte-se somente em um critério de reprovabilidade do autor – e não de sua conduta –, servindo para medir a graduação do injusto em uma relação psicológica do autor com a conduta⁹².

Dessa forma, o TJSP analisa os “elementos relativos à reprovação do injusto”⁹³ no próprio tipo de injusto⁹⁴ e no momento de aplicação da pena-base e da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a partir do disposto no art. 59, CP, como será explicado nos itens a seguir.

1. Circunstâncias judiciais e a fixação do regime inicial: entre o conceito psicológico de culpabilidade e o Direito Penal do Autor

O *locus* preferencial da análise da culpabilidade pelo TJSP é na fixação da pena-base e do regime inicial de cumprimento de pena, uma vez que, por força do art. 59, CP, a culpabilidade aparece como circunstância judicial.

Primeiramente aponta-se a problemática do Código Penal brasileiro que positiva a culpabilidade no art. 59, CP⁹⁵ como circunstância judicial. Como ensina CIRINO DOS SANTOS:

“a inclusão da culpabilidade como circunstância judicial de formulação do juízo de reprovação constituiu impropriedade metodológica, porque o juízo de

⁹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 320

⁹² Adianta-se, aqui, a conclusão que será exposta no item 2 deste Capítulo: o Tribunal trabalha com um conceito de culpabilidade para fundamentar a reprovabilidade do autor em si, que pendula entre o conceito psicológico de culpabilidade, próprio da teoria causal, e um conceito de Direito Penal de Autor

⁹³ Entre aspas porque o Tribunal, concretamente, não analisa tais elementos, mas sim busca elementos pessoais do autor como fundamento de agravamento da responsabilidade penal

⁹⁴ Será explicado no capítulo X da presente monografia, uma vez que relacionado com questões de tipicidade material e aplicação da insignificância

⁹⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

culpabilidade, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples circunstância judicial de informação do juízo de culpabilidade”⁹⁶.

Tal dispositivo legal, além de esvaziar a culpabilidade como conceito analítico de fato punível, ignora que a gradação da responsabilidade penal já está determinada pelo tipo de injusto, que no tipo subjetivo determina a relação de maior ou menor intensidade de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, sob as formas de dolo e imprudência. Dessa forma, a legislação penal fornece as bases para que o Tribunal deixe de analisar o conceito normativo de culpabilidade como integrante do conceito de crime, dando-lhe a qualidade de circunstância judicial, e desloca tal conceito para uma propriedade do autor e não do tipo de injusto.

A Dogmática do Tribunal trabalha com um conceito psicológico de autor e um conceito de culpabilidade próprio de um Direito Penal de Autor, coexistentes na primeira etapa da dosimetria da pena: o TJSP analisa a gradação do dolo como fundamento de exasperação da pena-base (8 acórdãos), bem como a personalidade “perigosa” ou “violenta” do agente (14 acórdãos); tal análise também é feita para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, que raramente é diverso do fechado:

Atento às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a pena-base, para ambos os delitos, foi fixada ½ (metade) acima do piso, sob a justificativa de que o dolo das agressões extrapolou o mínimo normal às condutas. Isto porque o acusado, na companhia de comparsas, agrediu reiteradas vezes a ambas as vítimas, com pauladas, sem que tivessem qualquer chance de reação, impingindo a elas sofrimento absolutamente desnecessário.

(Acórdão nº 10 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0096444-62.2011.8.26.0050 – 9ª Câmara Criminal. Des. Rel. Andrade Sampaio. Data de julgamento: 28/03/2019) (destacamos)

As básicas foram elevadas de ¼, em razão das consequências do delito para a vítima. Entretanto, entendo que o acusado agiu com dolo normal para o tipo em comento, o qual prevê pena mínima elevada, em consonância com a gravidade do delito, e por isso reduzo as reprimendas ao mínimo legal de 8 anos de reclusão.

(Acórdão nº 58 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0004722-97.2018.8.26.0050 – 16ª Câmara Criminal. Des. Rel. Osni Pereira. Data de julgamento: 06/11/2019) (destacamos)

Vale dizer que a pena-base foi fundamentadamente fixada pouco acima do mínimo legal, notadamente consideradas as circunstâncias do delito e a intensidade do dolo do agente, que possuía grande quantidade de munição, além de carregador sobressalente, indicando maior potencialidade lesiva em sua conduta. (Acórdão nº 89 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0025358-

⁹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 523

21.2017.8.26.0050 – 8ª Câmara Criminal. Des. Rel. Sério Ribas. Data de julgamento: 01/03/2018) (destacamos)

A pena-base foi acrescida de 1/6 por conta das circunstâncias judiciais desfavoráveis, consistentes, segundo o juízo de origem, na personalidade desajustada e na conduta social, o que encontra amparo na realidade dos autos, pois, conforme consignado na sentença, o acusado, em gozo da liberdade provisória concedida neste feito, foi preso dois meses depois pela prática de roubo.

(Acórdão nº 35 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0068047-80.2017.8.26.0050 – 16ª Câmara Criminal. Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo. Data de julgamento: 16/07/2019) (destacamos)

Pena-base fixada em 1/2 acima do mínimo legal, em razão das circunstâncias e consequências do crime, da personalidade do apelante e do fato de ele contar com outros sete processos por delitos de estupro em andamento.

(Acórdão nº 57 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0107673-09.2017.8.26.0050 – 10ª Câmara Criminal. Des. Rel. Fábio Gouvêa. Data de julgamento: 07/12/2019) (destacamos)

Mantém-se a exasperação da básica em 1/6 diante da sua conduta social e personalidade dissimulada e perigosa, chegando a pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, mantida nesse patamar na segunda fase ante a ausência de agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

(Acórdão nº 59 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0096933-89.2017.8.26.0050 – 16ª Câmara Criminal. Des. Rel. Newton Neves. Data de julgamento: 29/10/2019) (destacamos)

Não obstante, os motivos do crime e a personalidade desajustada do agente não podem ser ignorados. O sentenciado demonstrou possuir personalidade doentia e voltada à prática de crimes sexuais eis que por ocasião de seu interrogatório afirmou que, após ter encontrado a vítima em via pública “foi tomado por um instinto carnal de todo homem”, expondo sua visão distorcida da realidade, acrescentando que “não existe ‘superman’”, na vã tentativa de justificar sua abominável conduta como um desejo oculto e primitivo, inerente a toda e qualquer pessoa do sexo masculino.

(Acórdão nº 60 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0068270-96.2018.8.26.0050 – 15ª Câmara Criminal. Des. Rel. Cláudio Marques. Data de julgamento: 24/10/2019)

Aqui existe o ponto máximo de alinhamento da Dogmática do Tribunal com o modelo causal de Direito Penal, caracterizado justamente pelo sistema clássico na estrutura da teoria do delito, em que o tipo de injusto consiste na dimensão neutra e objetiva da conduta, enquanto a dimensão subjetiva, caracterizada pela relação psíquica entre o autor e a conduta, nas formas de dolo e imprudência, concentra-se na culpabilidade⁹⁷. O TJSP, ao suprimir o conceito normativo de

⁹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 94

culpabilidade como categoria analítica de fato punível e proceder, literalmente, à graduação do dolo na culpabilidade, sob a forma de *intensidade*, está de acordo com a concepção de culpabilidade como a relação psicológica do autor com o fato.

Entretanto, combinada com a análise da “perigosidade” do agente, esse conceito psicológico de culpabilidade não se fundamenta somente pelo *fetichismo legalista*⁹⁸ do Tribunal a partir do art. 59, CP, tampouco pelo positivismo jurídico próprio do modelo causal⁹⁹, mas divide espaço com o conceito autoritário de Direito Penal do Autor.

ROXIN define o Direito Penal do Autor como “*quando a pena se vincula a personalidade do autor e seja sua sociabilidade e o grau da mesma o que decide sobre a sanção*”¹⁰⁰, de forma que a personalidade do agente determina a responsabilidade penal mais do que o fato concreto. É exatamente nessa toada que a Dogmática do Tribunal operacionaliza o conceito de culpabilidade: não como uma categoria que compõe o conceito de crime, mas na verdade, como fundamento para um maior agravamento penal nos casos em que há uma “perigosidade” do agente, a qual se manifesta através do tipo de injusto. Ou seja, o tipo de injusto serve como sintoma que indica a personalidade do agente como o alvo da imposição da pena criminal.

Nesse sentido, tal conceito de culpabilidade de Direito Penal do Autor está ao lado graduação do dolo manejada pelo Tribunal: apesar de parecer – e se aproximar bastante – com o modelo causal, não o é precisamente, justamente porque, no modelo causal, a culpabilidade é conceito analítico de fato punível, enquanto na Dogmática do Tribunal não o é; a graduação do dolo é manejada como indicativo de um atributo do autor, que se relaciona psicologicamente com o tipo de injusto por um elemento interno, que se manifesta no “dolo intenso” ou na “perigosidade”.

Assim, conclui-se que a culpabilidade da Dogmática do Tribunal não é constitutiva do conceito de crime e é operacionalizada para atingir o que de fato importa na análise do tipo de injusto: o elemento interno do delinquente, que deve ser objeto da intervenção penal.

⁹⁸ Expressão de Salo de Carvalho em CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 29

⁹⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 152

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general: fundamentos,, la estructura de la teoría del delito. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peñá; Miguel Díaz y García Conledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1, p. 176-177, tradução livre

V. Autoria e participação e o empobrecimento da análise a partir da aproximação entre autor e partícipe

O agente do tipo de injusto pode realizar diretamente os elementos essenciais do tipo ou participar de tal realização. Essa vinculação do autor com a realização do tipo se relaciona com as formas da atividade humana, que podem ser individuais ou coletivas, mediante a divisão de tarefas¹⁰¹. Na teoria do delito, há a modalidade de autoria individual, autoria mediata e coautoria; pode ainda o agente ser partícipe, nas formas de instigação ou cumplicidade.

O Tribunal trabalha com a pluralidade de agentes, tanto na imputação penal quanto na aplicação de aumento de pena nos casos previstos em lei, sem diferenciar no mínimo a autoria e a participação. A principal consequência desse fato é que, em qualquer caso em há mais de um agente, a responsabilidade penal é atribuída na forma de *autoria múltipla*¹⁰² ou coautoria:

E não se aventure qualquer desclassificação da condenação para conduta mais amena ou o reconhecimento de participação de importância mitigada. Mesmo não tendo sido exatamente o autor do disparo com a arma de fogo, atividade afinal executada pelo adolescente Natanael, Alan aderiu à conduta desse acusado quando, sabendo que seu grupo portava arma de fogo, tranquilamente se lançou ao crime patrimonial que objetivou a subtração do veículo da vítima e resultou na morte da mesma. Todos os autores desse crime concorreram e contribuíram dolosamente, portanto, para a realização desse roubo circunstanciado, não cabendo dar a Alan tratamento jurídico diverso porque não puxou o gatilho, já que sua culpabilidade se revelou equivalente e restou latente a unidade de desígnios e a relação causal da ação de todos na produção dos tristes efeitos gerados, cada qual incumbido de alguma tarefa.

(Acórdão nº 19 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0045724-81.2017.8.26.0050 – 2ª Câmara Criminal. Des. Rel. Sérgio Mazina Martins. Data de julgamento: 11/03/2019) (destacamos)

Razão simplesmente falece à Defesa, quanto à alegação de menor participação do ora apelante na empreitada criminosa. O dolo no crime de latrocínio abrange a assunção dos riscos inerentes à conduta dos demais agentes, conforme se dá no caso ora em apreço, uma vez que o apelante, estando em companhia de terceira pessoa não identificada, se dispôs efetivamente a cometer o crime de roubo mediante concurso de agentes e emprego de arma de fogo. Resta, pois, indiferente à aferição das responsabilidades, qual dos agentes efetuou disparos contra a vítima Ivanildo. Não se justifica, com efeito, a assertiva de que o acusado não desejava participar de crime mais grave, uma vez que ele ao menos assumiu o risco de que tal resultado ocorresse.

¹⁰¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 343

¹⁰² Há vários agentes na prática do injusto penal, mas como não há análise do domínio do fato de cada um e do plano comum na realização do tipo, a imputação se dá como se todos fossem autores independentes de um mesmo fato punível

(Acórdão nº 29 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0091691-25.2012.8.26.0050 – 8ª Câmara Criminal. Des. Rel. Grassi Neto. Data de julgamento: 26/04/2018) (destacamos)

Nesse sentido, a coautoria deixa de ser definida como o domínio comum de realização do tipo de injusto – caracterizado justamente a partir do conceito de autor como aquele tem o domínio do fato – para se transformar na mera união de pessoas quando da prática de fato definido como crime. Quando muito, há a análise do *liame subjetivo* pelo TJSP nos casos de “coautoria”, mas, como já discutido, o Tribunal trabalha com o conceito de *dolo imanente* no tipo subjetivo. Isso significa, então, que o tal liame subjetivo é presumido a partir da própria pluralidade de agentes – observa-se, mais uma vez, um processo tautológico na Dogmática do Tribunal: para que se afirme a pluralidade de agentes, é necessário que haja liame subjetivo entre todos os “autores”, e esse liame advém justamente da pluralidade de agentes.

Essa pobreza da análise, que não acompanha o desenvolvimento teórico-científico da moderna teoria de fato punível, pode ser atribuída ao *fetichismo legalista* do Tribunal: as decisões, presas na definição insuficiente do art. 29, CP¹⁰³ sobre o “concurso de pessoas”, refletem os problemas teóricos fixados na legislação.

O mencionado artigo confunde o monismo da pluralidade de agentes – que significa que todos os agentes respondem pelo mesmo tipo de injusto em caso de pluralidade de agentes – com o causalismo – que atribui o título de autor a qualquer pessoa que provoca uma causação para a realização do injusto, o que fundamenta o conceito extensivo de autoria e participação¹⁰⁴.

Se temos fixado na legislação um conceito precário de definição da autoria e participação¹⁰⁵, que aproxima o autor e o partícipe demasiadamente a partir da *contribuição causal* na realização do tipo de injusto, e uma análise pobre da causalidade pelo Tribunal, conforme já discutido no Capítulo I, não há como existir na decisão concreta do TJSP uma diferenciação entre os agentes em caso de pluralidade, de forma que todos os agentes respondem como *autores múltiplos* ou coautores, a partir da deliberação do liame subjetivo pela própria pluralidade.

¹⁰³ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade

¹⁰⁴ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 34-36

¹⁰⁵ Precário porque concorrer causalmente não significa, necessariamente, ser autor ou coautor

Tal aproximação irrestrita entre autor e partícipe viola o princípio da legalidade. Como ensina BATISTA:

*“Quando se considera a toda e qualquer causação de um resultado proibido como autoria, tende-se a menosprezar a exigência de que seja toda e qualquer causação típica, já que “a base da autoria é o tipo legal”. Uma concepção de autoria que se vincule à causação do resultado e negligencie sobre a imputação objetiva deste resultado “abre” o tipo e viola o princípio da reserva legal”*¹⁰⁶.

Já um conceito de autoria que se relaciona ao tipo, como deve ser por imposição do princípio da legalidade, exige que se analise a participação em torno do tipo de injusto, que não se esgota na mera ação causal. Somente assim é possível falar propriamente de pluralidade de agentes.

Além disso, a análise precária da autoria e participação pelo Tribunal impede que haja a incidência da atenuação de pena em caso de participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP) e a participação dolosamente distinta (art. 29, § 2º, CP), de forma que esvazia a tendência legislativa de, a partir de um conceito extensivo de autoria, adotar o monismo em relação à atribuição do delito, ou seja, no injusto, e o pluralismo na aplicação da pena, ou seja, na reprovabilidade¹⁰⁷.

Assim, conclui-se que, em matéria de autoria e participação, a Dogmática do Tribunal, presa na legislação conceitualmente problemática, coloca em prática um conceito indiscriminadamente extensivo de autor, no qual a mera ação causal é suficiente para a responsabilização penal a título de autoria, inclusive sem a redução de pena mandada na lei penal.

VII. Pluralidade de fatos puníveis

Ainda que, por definir as hipóteses de cabimento de cada sistema de pluralidade de fatos puníveis, o problema do chamado *concurso de crimes* seja um elemento da dogmática penal, ele diz respeito também à determinação da quantidade e qualidade da pena a ser aplicada após a imputação do fato punível ao autor¹⁰⁸.

¹⁰⁶ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 34-35

¹⁰⁷ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 39

¹⁰⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 399

O Código Penal prevê que são três as modalidades de *concurso de crimes*: (i) concurso material (art. 69), que define a hipótese de pluralidade sucessiva; (ii) concurso formal (art. 70), que prevê a pluralidade simultânea de crimes; e (iii) o crime continuado (art. 71), ficção jurídica que determina a situação de pluralidade continuada de crimes.

O que se observa da amostra analisada é que o TJSP maneja a pluralidade de fatos puníveis apenas no nível da dosimetria da pena, ou seja, apenas aplica o aumento de pena ao final da dosimetria, se for caso de concurso formal ou crime continuado, e procede a duas dosimetrias com a devida soma de penas ao final, se for caso de concurso material. Entretanto, a determinação dogmática de qual das modalidades de pluralidade de fatos puníveis não é esclarecida nos acórdãos: a Dogmática do Tribunal utiliza o concurso de crimes apenas no âmbito da aplicação da pena.

Isso significa que o TJSP não trabalha com critérios precisos de diferenciação das modalidades de concurso de crimes, o que é bastante problemático do ponto de vista da uniformidade de decisões: não há critérios precisos para determinar quando se trata de crime continuado ou concurso material, de forma que a aplicação da pena, nesse sentido, é determinada por sorte ou azar relacionadas ao entendimento do julgador específico.

Cabe aqui pontuar também o que a Dogmática do Tribunal entende por consunção. Na teoria do delito, ao lado da pluralidade real de fatos puníveis – concurso material, concurso formal e crime continuado – existe o conflito aparente de normas penais, que se resolve pelos critérios da especialidade, subsidiariedade, consunção e antefato e pós-fato puníveis.

Como ensina CIRINO DOS SANTOS:

“o critério da consunção resolve o conflito aparente entre tipo consumidor e tipo consumido: o conteúdo de injusto do tipo principal consome o conteúdo de injusto do tipo secundário porque o tipo consumido constitui meio regular (não necessário) de realização do tipo consumidor ou o tipo consumido não está em relação de necessidade lógica (como na especialidade ou na subsidiariedade), mas em relação de regularidade fenomenológica com o tipo consumidor (lex consumens derogat legi consumptae) ”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 416

Na Dogmática do Tribunal a consunção é definida simplesmente pela relação entre *crime-meio* e *crime-fim*, o que, apesar de não ser uma definição precisa do fenômeno, funciona para resolver os problemas de pluralidade de fatos puníveis no casos penais analisados pelo Tribunal.

VII. Tentativa e consumação

Na dogmática penal, em relação ao momento consumativo do crime, o problema analítico maior reside na tentativa, uma vez que a consideração da consumação do crime é verificada de forma menos complexa, no âmbito da parte geral, pela realização de todos os elementos constitutivos de determinado crime. Em relação à tentativa, é necessário identificar o momento de início da execução para que subsista a punibilidade do crime na forma tentada.

É justamente essa análise que não é feita pelo Tribunal: a tentativa, no TJSP, aparece apenas com diminuição da pena, na etapa de dosimetria da pena, com base no art. 14, § único, CP¹¹⁰. Além disso, a definição da tentativa pelo Tribunal é a mera repetição do disposto no art. 14, II, CP¹¹¹: o crime é tentado quando não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Dessa forma, não existe uma análise do que realmente importa em relação à tentativa: a identificação do início da execução e os limites entre atos preparatórios e início da execução.

Entretanto, esse dado de pesquisa é apresentado sem profunda análise porque o contrário implicaria entrar em elementos específicos dos tipos penais, que não é o objeto do presente trabalho. Na amostra de acórdãos analisados, observa-se que esse problema de falta de delimitação da tentativa é enfrentado principalmente nos casos de estupro em que o núcleo típico é a prática de atos libidinosos, justamente por questões específicas de parte geral.

Por fim, um problema recorrente da Dogmática do Tribunal que diz respeito ao tema da tentativa e consumação é o chamado crime impossível, que é, de fato, a tentativa inidônea. Esse tópico será explicado no capítulo subsequente, uma vez que a articulação do crime impossível pelo Tribunal configura tal categoria como própria do Tribunal.

¹¹⁰ Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços

¹¹¹ Art. 14 - Diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

VIII. As categorias próprias do Tribunal

As *categorias próprias* do Tribunal são categorias que existem na teoria do delito, mas na Dogmática do Tribunal são operacionalizadas de modo bastante peculiar em comparação com a dogmática penal.

Mais do que isso, trata-se de categorias que não têm lugar na estrutura do conceito analítico de fato punível da Dogmática do Tribunal, de forma que não é possível identificar dentro de qual etapa da teoria do delito se encontram – essa falta de lugar é um dos principais motivos para que sejam identificadas como categorias próprias, uma vez que isso possibilita ao Tribunal manejá-las como bem entender.

1. Crime insignificante

A insignificância de lesão a bem jurídico não é fenômeno recente na teoria do delito: Welzel, ao conceber a teoria da adequação social como apropriada para analisar o nexo entre ação e resultado nos tipos de injusto, admitia a exclusão da tipicidade justamente pela insignificância. Mas é com o conceito de *injusto*, e principalmente de *tipicidade conglobante*, que a insignificância como excludente de tipicidade é mais bem fundamentada.

Como ensina CIRINO DOS SANTOS:

*“os conceitos de antijuridicidade (invariável) e injusto (variável) estão na base da distinção entre antijuridicidade formal e material: a antijuridicidade formal exprime a contradição do comportamento concreto com o conjunto de proibições e permissões do ordenamento jurídico, como qualidade invariável de toda ação típica e antijurídica; a antijuridicidade material exprime a lesão injusta do bem jurídico, como a dimensão graduável do tipo de injusto”*¹¹².

Nesse sentido, ao lado das causas de justificação, excludentes da antijuridicidade formal, que são invariáveis, existem situações graduáveis em que se analisa o grau de interferência no bem jurídico. Caso se a lesão produzida seja insignificante ou não haja efetiva lesão ao bem jurídico, ausente a antijuridicidade material da conduta representada no conceito de *injusto*, excluído, portanto, o tipo de injusto.

¹¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 218-219

É ZAFFARONI¹¹³ quem estrutura as lesões insignificantes na esfera da tipicidade, de forma a operacionalizar a sua exclusão de imputação independentemente da teoria bipartida ou tripartida de crime. O conceito de *tipo conglobante* impõe a obrigação de constatar a *conflitividade* dentro do tipo objetivo, de forma a consolidar a função conglobante do tipo – relação da ação com o ordenamento normativo em geral – juntamente com a sua função sistemática¹¹⁴, não bastando para caracterizar a tipicidade a mera reunião dos elementos do tipo formal¹¹⁵. Nesse sentido, “*não existe conflitividade quando a ação não ofende ninguém, nem tampouco quando, mesmo existindo uma ofensa, não pode ela ser filiada ao sujeito como obra sua*”¹¹⁶, de forma que um resultado não lesivo ou pouco lesivo obstam a afirmação da tipicidade; sem a lesão, não há relação jurídico-penal, uma vez que ausente a ofensa ao bem jurídico.

Dessa forma, para que se afirme a tipicidade da conduta, deve-se analisar a *lesividade* ao bem jurídico, como representativa da *conflitividade* social da conduta. Para isso, deve-se proceder a verificação de (i) se a conduta efetivamente lesionou ou criou risco ao bem jurídico, cuja ofensa é criminalizada pela norma penal; (ii) se tal lesão ou perigo de lesão é significativa – e aqui reside o que é conhecido como “princípio da insignificância”; (iii) e se não há outras normas no ordenamento jurídico que justifiquem a ofensa ao bem jurídico – a conglobação da ação à ordem jurídica total¹¹⁷.

Observa-se que, na teoria do delito, a insignificância é uma das modalidades de exclusão da imputação em casos de insuficiente afetação ao bem jurídico, o que representa, em um sistema penal, a garantia de que as criminalizações só serão operacionalizadas se efetivamente ocorrer lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. No mais, é através da relação jurídico-penal entre ação e afetação de bem jurídico que se constitui um Direito Penal de garantias em que não se criminaliza,

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: segundo volume: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 212

¹¹⁴ A função sistemática do tipo relaciona-se com o tipo formal como preceito incriminador. Nesse sentido, a função sistemática é a de fixação da conduta incriminada, com todos os seus elementos objetivos, que serão congregados com os elementos subjetivos geral e especiais, como forma de realizar o princípio da legalidade. Ou seja, permite identificar o que realmente constitui crime. ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 159. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Pená; Miguel Díaz y García Conledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1, p. 177

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: segundo volume: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 212-213

¹¹⁶ *Ibidem*

¹¹⁷ *Ibidem*

nas demais etapas da teoria do delito, atos preparatórios, ações não causais em relação ao resultado típico, ações não objetivamente imputáveis ao autor e ações imorais.

Ressalta-se que esta é a única forma possível de trabalhar com a insignificância de lesão ou perigo de lesão em um Estado Democrático de Direito, sob pena de ou abandonar a função conglobante do tipo, ou exigir critérios dissociados do sistema de imputação trazido pela estrutura da teoria do delito e manejar uma insignificância conivente com a seletividade dos processos de criminalização secundária operacionalizados pelo sistema penal. É nessa segunda via que caminha a Dogmática do Tribunal.

A jurisprudência brasileira restringe o espaço de aplicação do “princípio da insignificância” somente aos crimes patrimoniais, cometidos sem violência ou grave ameaça e também sem o emprego de qualquer fraude¹¹⁸, de modo que não é operacionalizado como um elemento da teoria do delito, ou seja, como categoria abstrata que se impõe a todos os tipos penais.

O TJSP trabalha a insignificância como alheia ao conceito de tipicidade material, que engloba a teoria da tipicidade conglobante e de antijuridicidade material, para a confirmação do tipo de injusto. Dessa forma, trata-se de um conceito solto na estrutura da teoria do delito, o que é observável pela própria falta de uniformidade nas decisões do Tribunal, que podem ser divididas em dois grupos: (i) o primeiro grupo de decisões é fundamentado na tese de que o princípio da insignificância não foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro (em 5 acórdãos analisados); (ii) o outro grupo operacionaliza a insignificância lado a lado com conceito de lesividade, mas contamina a análise típica com os elementos de culpabilidade do Direito Penal do autor, próprio do Tribunal, como exposto no Capítulo IV (em 9 acórdãos analisados):

Como é cediço, o princípio da insignificância não é uma unanimidade, nem foi agasalhado pela legislação. Pelo contrário, há corrente jurisprudencial no sentido de que o pequeno valor da rei não autoriza o reconhecimento do crime de bagatela, o qual, a rigor, representa verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos, desestabilizando a ordem social.

(Acórdão nº 36 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0105382-70.2016.8.26.0050 – 12ª Câmara Criminal. Des. Rel. Paulo Rossi. Data de julgamento: 26/06/20190) (destacamos)

Com efeito, o princípio da insignificância não está previsto no Direito Brasileiro. (...) Os bens foram avaliados em R\$ 168,64, à época dos fatos, o que não é valor irrisório, especialmente porque o salário mínimo vigente no ano de 2016 era de R\$ 880,00. Assim, um trabalhador honesto, remunerado pelo salário

¹¹⁸ REALE JÚNIOR, Miguel / coordenador. *Direito penal: jurisprudência em debate*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 151

mínimo nacional, teria que trabalhar 5 dias e meio para poder adquirir os bens. Considerar o fruto de 5 dias e meio de trabalho, valor irrisório, é desmerecer o cidadão brasileiro que levanta cedo e pega ônibus lotado, para ganhar o pão de cada dia honestamente.

(Acórdão nº 39 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0016505-57.2016.8.26.0050 – 6ª Câmara Criminal. Des. Rel. Machado de Andrade. Data de julgamento: 29/11/2018) (destacamos)

Do mesmo modo, também não há que se falar em atipicidade da conduta, com lastro no “princípio da insignificância”. Tal instituto deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, para excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: “(I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) ausência total de periculosidade social da ação; (III) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada (conforme decidido nos autos do HC n. 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/4/2004)” (STJ - AgRg no REsp 1441116/SP - Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ - Sexta Turma - DJe 02/10/2014). Verifica-se, assim, que o valor da res - R\$ 224,82 (fls. 22), que, se frise, não diminuto - não é o único elemento para se aferir a causa supralegal. Não se pode afirmar ser mínima a ofensividade da conduta perpetrada, tampouco reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento de agente que ingressa em estabelecimento comercial para subtrair produtos, demonstrando ousadia e desdém ao alheio, circunstância incompatível com o combatido postulado.

(Acórdão nº 33 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0008565-66.2015.8.26.0635 – 7ª Câmara Criminal. Des. Rel. Eduardo Abdalla. Data de julgamento: 16/10/2019)

No que tange à atipicidade material da conduta, ao revés do que pretende a defesa, é incabível o reconhecimento do princípio da insignificância (ou bagatela). Isto porque, para que haja o reconhecimento do aludido corolário, não se deve considerar tão-somente a lesividade mínima da conduta do agente, sendo necessário apreciar outras circunstâncias de cunho subjetivo, especialmente àquelas relacionadas à vida pregressa e ao comportamento social do sujeito ativo, não sendo possível absolvê-los da imputação descrita na inicial acusatória quando se verifica que a conduta é altamente reprovável, como no caso dos autos, em que invadiram estabelecimento comercial e se apossaram de diversas mercadorias.

(Acórdão nº 40 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0011036-55.2015.8.26.0635 – 9ª Câmara Criminal. Des. Rel. Silmar Fernandes. Data de julgamento: 08/11/2018)

Primeiro, aponta-se que o conceito de insignificância, em qualquer um dos grupos, ainda que relacionado à lesividade da conduta, é reduzido ao “pequeno valor”, justamente porque caracterizado como um elemento próprio dos crimes patrimoniais cometidos sem violência, grave ameaça ou qualquer fraude. Dessa forma, observa-se, novamente, que o Tribunal tem dificuldade

em lidar com os conceitos de teoria do delito de forma abstrata, como realmente o são, aplicáveis para quaisquer tipos de injusto.

No segundo grupo de decisões, o que se analisa é o pequeno valor do bem subtraído – o que basta para verificar a lesividade na Dogmática do Tribunal – e a periculosidade do agente, principalmente a partir do atestado de reincidência ou maus antecedentes¹¹⁹. Dessa forma, a culpabilidade de Direito Penal do autor, trabalhada pelo Tribunal no momento de fixação da pena-base e de regime inicial, invade a análise do tipo objetivo: a *conflitividade* da conduta não se mede pela lesão e a extensão dessa lesão ao bem jurídico, mas sim pelos antecedentes criminais do autor. Esse fato reforça a conclusão de que a Dogmática do Tribunal trabalha fortemente com tendências de Direito Penal do Autor, justamente porque a relação jurídico-penal relevante, medida, em um Estado Democrático de Direito caracterizado pelo Direito Penal do fato, pela interação da ação com o bem jurídico, transforma-se na análise de atributos pessoais do autor e na sua condução de vida conforme ou não às normas penais.

Além disso, a linha de fundamentação presente nos acórdãos em que se analisa a aplicação da insignificância é a de que, ainda que pudesse ser de pequeno valor o bem subtraído, a conduta representa uma lesão à vítima, de forma que o Poder Judiciário não pode admitir a exclusão da imputação sob pena de estimular a ínfima lesão de bens jurídicos:

Além do valor não ser insignificante ou irrisório, cuida-se de acusado reincidente, já condenado por dois roubos, circunstância que tornaria, de qualquer modo, inviável o reconhecimento do crime de bagatela. Nesse sentido, a insignificância da lesão patrimonial resta descaracterizada para o fim pretendido quando se evidencia que o agente faz da prática de crimes contra o patrimônio o seu meio de vida, sua forma de sustentar o ócio.

(Acórdão nº 35 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0068047-80.2017.8.26.0050 – 16ª Câmara Criminal. Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo. Data de julgamento: 16/07/2019) (destacamos)

A se admitir, de forma indiscriminada, o cometimento de furtos de bens de pequeno valor sob o manto da atipicidade delitiva e da suposta insignificância para o Direito Penal, estar-se-ia promovendo a institucionalização dessa prática, com graves consequências para a ordem social. (...) Ainda que possa parecer demasiado um processo-crime pela prática de furtos de seis peças de salame, não é de se considerar somente o valor patrimonial dessas coisas para se proclamar o princípio da insignificância. Há que se fazer uma avaliação global da conduta, que no caso se revelou deveras prejudicial à sociedade, pois implicou em subtração de bens de um estabelecimento comercial durante a madrugada e mediante arrombamento, com todos os dissabores que acarretaram

¹¹⁹ Esta análise está referenciada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada a partir do julgamento do HC n. 84412/SP

esse comportamento delituoso, expondo o patrimônio do ofendido a outras ações semelhantes. Bem por tais razões, de forma alguma esse fato pode ser visto como um indiferente penal, sem qualquer consequência na ordem jurídica, que na verdade protege a relação de disponibilidade do proprietário com seus bens.

(Acórdão nº 38 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0099434-19.2017.8.26.0050 – 1ª Câmara Crimina. Des. Rel. Mário Devienne Ferraz. Data de julgamento: 11/02/2019)

Não se há aplicar o princípio da insignificância por ausência de amparo legal. De qualquer sorte, frise-se que a percepção de irrelevância do importe de R\$ 80,00 [correspondente à soma dos ítems subtraídos; cf. narrativas do ofendido] não é universal - para muitos, neste país que ainda não alcançou os melhores níveis de desenvolvimento econômico-social, essa cifra terá valia, não podendo, assim, ser considerada ínfima. Aliás, se cada infrator ocasionar lesão patrimonial em tal valor à população trabalhadora, o cômputo global atingirá montante expressivo e preocupante, tantas são as capturas nesta terra teimosamente acostumada aos ilícitos. Reservar o Direito Penal apenas aos desfalques patrimoniais considerados vultosos e/ou relevantes constituiria odiosa discriminação em detrimento dos ofendidos que, à custa de ingentes sacrifícios, conseguem obter bens de consumo, itens de higiene pessoal, gêneros alimentícios, material de trabalho, peças modestas de vestuário, enfim, coisas despretensiosas que, isso não obstante, lhes servem e se convertem em essenciais. Não podem ser impunemente extirpadas de seus donos apenas porque, sob a ótica dos mais favorecidos, quiçá dos soberbos, custam pouco.....

(Acórdão nº 43 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0000614-84.2016.8.26.0635 – 5ª Câmara Criminal. Des. Rel. Geraldo Wohlers. Data de julgamento: 21/07/2018)

Não há que se falar em absolvição por atipicidade da conduta, em razão do princípio da insignificância, visto que a “res furtiva” foi avaliada em R\$ 1.956,00 (um mil, novecentos e cinquenta e seis reais) às fls. 13/14, valor que corresponde a dois salários mínimos vigentes. Observa-se que, o valor é significante, visto que a maioria dos brasileiros ganha um salário mínimo ao mês, para o sustento da família. (...) Além disso, a informação de que o réu possui outros processos, demonstra que já fez do crime um estilo de vida. A conduta é prevista no ordenamento jurídico penal e é de importância para a prevenção da autotutela como risco social diante da ausência de intervenção o Estado na proteção do patrimônio particular, seja pessoa física ou jurídica.

(Acórdão nº 44 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0000600-66.2017.8.26.0635 – 7ª Câmara Criminal. Des. Rel. Alberto Anderson Filho. Data de julgamento: 16/05/2018)

Aqui verifica-se o forte comprometimento do desembargador do Tribunal com a manifesta função preventiva do Direito e, conforme aponta ROXIN¹²⁰, as fortes tendências preventivas

¹²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general: fundamentos,, la estructura de la teoría del delito. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1, p. 177

empurram o Direito Penal em direção de um Direito Penal de Autor, uma vez que o objeto da imputação penal se relaciona com a evitação de delitos futuros, e tal fato depende da reprovação de autores “perigosos” e não do concreto tipo de injusto.

Em termos de sistema, trata-se, então, de uma análise que não é operacionalizada na sistemática do exame do conceito analítico do crime, uma vez que o conceito de insignificância não é operacionalizado como elemento da tipicidade, mas como algo esparso e como mais um lugar em que penetram as tendências de Direito Penal de Autor do Tribunal.

2. Crime famélico

O crime famélico é a *categoría própria* por excelência do Tribunal, uma vez que, além de não ter lugar na estrutura da teoria do delito, mescla elementos configuradores de diferentes outros conceitos: o crime famélico ora assume forma de insignificância, ora de estado de necessidade e até mesmo de inexigibilidade de conduta adequada à norma penal, uma vez que, como já discutido, o Tribunal suprimiu o conceito normativo de culpabilidade e não tem onde analisar tal questão quando aparece no caso penal.

Para que seja caracterizado, em geral, observa-se dois padrões: (i) o TJSP exige que haja prova da adversidade financeira pelo acusado, mais uma vez articulando a inversão do ônus da prova, como o faz na análise das causas de justificação; (ii) e exige que o objeto do furto seja utilizado para a subsistência, não se admitindo, por exemplo, o furto de determinados objetos para venda posterior e obtenção de dinheiro para a sobrevivência.

De outra parte, não há se falar em furto famélico, isso porque, para se reconhecer o estado de necessidade, imprescindível estar cabalmente comprovada a adversidade financeira suportada pelo agente, de forma a evidenciar a impossibilidade absoluta de se manter (STF, AI807.727/SP, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 185 de 27-09-11; STJ, Ag 1.011.456, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 04-05-11; STJ, HC 144.032, Relator Ministro CELSO LIMONGI, DJe de 10-02-11). E eventuais adversidades econômicas não justificam a prática de condutas ilícitas, sob pena de violação aos princípios que regem a vida em sociedade, principalmente o respeito ao sistema legal.

(Acórdão nº 32 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0087753-59.2011.8.26.0050 – 8ª Câmara Criminal. Des. Rel. Farto Salles. Data de julgamento: 28/11/2019)

Nesse sentido, a insignificância da lesão patrimonial resta descaracterizada para o fim pretendido quando se evidencia que o agente faz da prática de crimes contra o patrimônio o seu meio de vida, sua forma de sustentar o ócio. Sequer se pode cogitar de furto famélico tendo em vista a quantidade de tabletes subtraídos

pelo réu [57 tabletes de chocolate], circunstância que impede o reconhecimento do estado de necessidade.

(Acórdão nº 35 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal 0068047-80.2017.8.26.0050 – 16ª Câmara Criminal. Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo. Data de julgamento: 16/07/2019)

De furto famélico também não há que se cogitar. É certo que o azeite é um produto alimentício, mas o furto de seis garrafas não se destina ao extermínio da fome de qualquer pessoa.

(Acórdão nº 45 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal 0007954-79.2016.8.26.0635 – 11ª Câmara Criminal. Des. Rel. Xavier de Souza. Data de julgamento: 28/02/2018)

No mais, sendo uma categoria sem elementos constitutivos próprios, que toma forma de diversas outras categorias da teoria do delito, o Tribunal exige elementos diversos ao longo dos acórdãos analisados, deixando manifesta a completa falta de uniformização das decisões: exige a ponderação de bens jurídicos quando lança mão do estado de necessidade, ou ainda, que não houvesse normalidade das circunstâncias, de forma que não fosse exigível do agente comportar-se de acordo com a norma legal, nos casos em que trabalha com a inexigibilidade de conduta adequada à norma; por vezes, é contaminado com análise de periculosidade do autor, sendo manejado como insignificância à la Tribunal.

Em contrapartida, o estado de necessidade da Dogmática do Tribunal não tem forma fora do crime famélico. Assim, o estado de necessidade não caminha sem o crime famélico, mas o crime famélico, de vez em quando, despe as suas vestes de estado de necessidade e assume outras formas. A problemática aqui reside no fato de que o Tribunal, a partir dessa simbiose, exige, para a configuração do estado de necessidade, elementos que não estão previstos como configuradores desta causa de justificação, o que representa, claramente, uma afronta ao princípio da legalidade. Dessa forma, a consequência do crime famélico como *categoria própria* reside na implementação de requisitos alheios ao dispositivo legal do estado de necessidade, uma vez que este depende daquele.

3. Crime impossível

O crime impossível é classificado como uma *categoria própria* do Tribunal porque alheio ao conceito de tentativa, ou seja, é dissociado do seu lugar de excelência na dogmática penal – na doutrina, é a chamada tentativa inidônea. O crime impossível é tentativa inidônea justamente porque não há consumação do tipo de injusto em ações cometidas com meio ineficaz ou contra

objeto impróprio e, por razões político-criminais, a tentativa inidônea não é passível de pena no ordenamento jurídico brasileiro.

O TJSP, define o crime impossível somente com base no art. 17, CP, ou seja, com base apenas nas duas ocasiões em que ocorre a tentativa inidônea – absoluta ineficácia do meio ou absoluta impropriedade do objeto. Isso significa que não há análise da tentativa propriamente, nem do crime impossível como uma modalidade não punida de tentativa:

Por outro lado, convém destacar que o crime impossível somente se configura na hipótese de absoluta impropriedade do objeto ou de emprego de meio absolutamente ineficaz, nos termos do artigo 17 do Código Penal.

(Acórdão nº 37 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0006603-08.2015.8.26.0635 – 6ª Câmara Criminal. Des. Rel. Marcos Correa. Data de julgamento: 23/05/2019)

A condenação assim era inafastável, descabendo evidente, nessa linha, argumentar com a tentativa inidônea ou “crime impossível”, pois tal figura se caracteriza quando o agente se vale de meios absolutamente ineficazes ou se volta contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime, o que não é o caso da hipótese em tela.

(Acórdão nº 42 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0010239-54.2016.8.26.0050 – 12ª Câmara Criminal. Des. Rel. Ivana David. Data de julgamento: 02/08/2018)

Não há que se falar, porém, em crime impossível. A mera circunstância de a ação criminosa ter se desenvolvido nas proximidades da Avenida Paulista e de o estupro ter se verificado na Rua Augusta, vias de grande fluxo de pessoas, não torna absolutamente inidôneo o meio utilizado para a prática delitiva. De fato, a prova dos autos, em especial as declarações da vítima - que confirmou em Juízo o ocorrido de forma segura e coerente – revelam que o recorrente é indivíduo loquaz, que poderia obter sucesso na empreitada criminosa não apenas em razão da superioridade física, mas também ludibriando a ofendida ou terceiros para conduzi-la a local onde pudesse com ela praticar conjunção carnal não consentida. Ademais, o fato é que embora tal prática não tenha acontecido, não há dúvidas de que o crime de estupro efetivamente se consumou, com a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que é o quanto exige o art. 213, caput, do Código Penal.

(Acórdão nº 57 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal 0107673-09.2017.8.26.0050 – 10ª Câmara Criminal. Des. Rel. Fábio Gouvêa. Data de julgamento: 07/12/2019)¹²¹

Se a tentativa exige, para a sua configuração, que o agente aja dolosamente e tenha praticado, mediante sua ação, algum ato que já entrou na esfera de execução do crime, a configuração do crime impossível deveria ser posterior a esta constatação, uma vez que sua função

¹²¹ Observa-se que se trata da análise de crime impossível em um crime consumado

na dogmática penal não é examinar se o crime foi consumado ou não, mas, sim, verificar se o tipo de injusto tentado – tendo já sido analisada, anteriormente, a tentativa – é punível ou não, a partir da análise da eficácia do meio e da propriedade do objeto.

Dessa forma, a Dogmática do Tribunal, ao esgotar a análise do crime impossível somente nas suas duas modalidades de cabimento, (i) retira tal conceito de seu *locus* de análise e (ii) suprime a efetiva análise da tentativa, quando há alegação de crime impossível.

4. A culpa exclusiva de terceiros nos tipos de injusto imprudentes

A culpa exclusiva de terceiros aparece como uma *categoria própria* pelo fato de o Tribunal não trabalhar com a imputação objetiva como uma etapa da estrutura do tipo de injusto. Assim, nos tipos de injusto imprudentes, muitos dos grupos de casos em que se exclui a imputação, no nível de análise da imputação objetiva, não têm lugar de análise na Dogmática do Tribunal, de forma que ficam “soltos” no esquema de análise do Tribunal – é a situação da *culpa exclusiva de terceiros nos tipos de injusto imprudentes*.

A culpa exclusiva de terceiros, que, na teoria do delito, representa situações em que a atuação da vítima ou de um terceiro aumenta o risco criado pelo autor ou são determinantes para a ocorrência do resultado típico, excluindo a imputação objetiva da ação de tal autor, na Dogmática do Tribunal, é manejada pela fórmula geral de que “não existe compensação de culpas no Direito Penal”. Ou seja, a intervenção da vítima e de terceiros da moderna teoria de fato punível não existe na Dogmática do Tribunal:

Portanto, eventual culpa da vítima não tem o condão de afastar a responsabilidade do acusado, motivo pelo qual, também por este motivo, referida diligência é irrelevante.

(Acórdão nº 65 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0030993-77.2010.8.26.0001 – 6ª Câmara Criminal. Des. Rel. Lauro Mens de Mello. Data do julgamento: 03/10/2019)

Não há que se cogitar, portanto, em culpa exclusiva da vítima e, no âmbito penal, ainda que fosse o caso, há compensação de culpas.

(Acórdão nº 70 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0015915-42.2012.8.26.0011 – 10ª Câmara Criminal. Des. Rel. Nuevo Campos. Data de julgamento: 23/05/2019)

Desta forma, provada a conduta culposa do réu, dispensável aferir-se a velocidade que era imprimida pela motocicleta, pois em direito penal não há falar-se em culpa concorrente, de modo que, ainda que a vítima

estivesse trafegando em velocidade acima da permitida, isso não afastaria a culpabilidade do réu. Por isso, não é caso de conversão do julgamento em diligência.

(Acórdão nº 75 do apêndice: TJSP – Apelação Criminal nº 0004870-73.2009.8.26.0002 – 9ª Câmara Criminal. Des. Rel. Márcio Eid Sammarco. Data de julgamento: 09/08/2018) (destacamos)

Evidentemente, o Tribunal cria uma modalidade de responsabilização objetiva em Direito Penal, uma vez que se nega a considerar, no nível de análise da teoria do delito, as situações em que não se pode atribuir exclusivamente ao agente o resultado típico como obra sua.

IX. A ordem de análise das decisões e a crítica à Teoria Geral do Processo

Ao longo da análise dos 113 (cento e treze) acórdãos, observa-se que existe uma ordem de análise nas decisões que não está relacionada com a ordem de análise típica da estrutura da teoria do delito, mas que aborda os seguintes pontos, nesta sequência: (i) materialidade, (ii) autoria¹²², (iii) transcrição da prova oral produzida em juízo e (iv) análise de alguma categoria analítica do conceito de fato punível que tenha sido alegada pelas partes, de modo que, na maioria dos casos em que há exame de alguma categoria analítica de crime, houve manifestação da defesa nesse sentido. Ressalta-se que tal ordem de análise não está restrita a tipos de injustos de classificação determinada, mas é um resultado obtido em toda a amostra analisada (em 71 acórdãos analisados).

A teoria do delito determina os critérios de imputação a partir da definição de categorias integrantes do conceito de crime e, portanto, necessárias à sua caracterização. Sendo assim, tais categorias são necessariamente abstratas justamente porque tratam do dogma de qualquer imputação penal, independentemente das determinações e interpretações particulares de determinado tipo. Nesse sentido, trata-se de uma construção teórica que indica o processo interpretativo da lei penal a partir da análise dos elementos que constituem uma conduta tida como crime.

Tais critérios de imputação exigem que uma ordem escalonada e prejudicial seja seguida, correspondente à própria estrutura do conceito de crime como tipo de injusto e culpabilidade, de forma que a imputação depende da verificação da ação como típica, mediante a realização antijurídica por um autor culpável¹²³. Dessa forma, a estrutura do conceito de crime cumpre uma

¹²² Aponta-se que tal ordem de análise é bastante similar com a ordem de quesitação do Tribunal de Júri, disposta no art. 483, CPP

¹²³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 71

função de filtro¹²⁴, uma vez que a análise de determinadas categorias é prejudicial em relação a outras, bem como o resultado proveniente de uma análise pode levar à análise de uma categoria subsequente justamente por conta do resultado da análise anterior.

Entretanto, a amostra de acórdãos analisada nos indica que no Tribunal de Justiça de São Paulo a dogmática penal não é tida como necessária à imputação penal, mas sim deve ser requerida pelas partes: o TJSP lida com a teoria do delito como se fosse algo a ser alegado, sem a analisar “de ofício” em seu processo de decisão. Dessa forma, a dogmática perde a sua função como critério geral de imputação e, consequentemente, de limitação do poder punitivo, para se transformar em uma linguagem argumentativa ratificadora das decisões anteriores do julgador naquele caso em concreto.

Além disso, não havendo uma ordem sequencial relacionada com a teoria do delito, determinadas categorias não têm lugar na Dogmática do Tribunal, sendo analisadas de forma própria e sem relação com outras categorias analíticas do sistema de imputação, como explicitado no capítulo anterior. Essa falta de sequenciamento também indica que a ausência de análise de determinada categoria no início do processo decisório leva, necessariamente, à omissão de outras categorias subsequentes, sendo prejudicial à sistemática da imputação penal.

A justa causa – prova de materialidade e indícios de autoria – é uma das condições da propositura da ação penal, de forma que deve existir antes mesmo que pensemos em Processo Penal, devendo ser formada ainda na fase investigativa. Sendo assim, a sua confirmação deveria ser feita pelo magistrado quando do recebimento da denúncia, como um primeiro controle judicial do sistema penal. Mas, no TJSP, a justa causa é a protagonista do processo de decisão já em sede de apelação criminal, o que evidencia a função da dogmática como linguagem argumentativa de ratificação das próprias decisões do Poder Judiciário – o magistrado de primeiro grau já decidiu sobre a justa causa no ato de recebimento da denúncia e, uma vez no Tribunal, os desembargadores confirmam as sentenças, condenatórias em sua maioria, a partir da chancela do juízo exercido anteriormente por seu colega de ofício.

A teoria do delito como programação de imputação necessariamente normativa exige que, para cumprir sua função de controle judicial do sistema penal e limitação do poder punitivo, haja uma espaço artificialmente criado pelo julgador quando da decisão. Como tal teoria é própria do

¹²⁴ BEULKE, Werner et al. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*. 50 ed. Heidelberg: Müller, 2020, p. 106

campo do *dever-ser* e vinculada a métodos de interpretação desse campo, sua aplicação não advém da mera descrição do fato analisado e do atestado de sua ocorrência; ao contrário, seu método é dedutivo e deve justamente tensionar os fatos e o que foi provado no processo com os critérios de imputação, para que haja efetiva subsunção legal. Dessa forma, em sede de apelação criminal, não se trata de atestar a materialidade do crime e a sua autoria a partir do relato da prova oral, mas sim de subsumir o fato tido como crime ao conceito de fato punível, que abrange diversas e precisas categorias analíticas.

Aponta-se, para fins de elucidação, a distinção do vocabulário jurídico-penal alemão a partir da diferença entre *Sachverhalt* e *Tatbestand*. O primeiro é o caso concreto em si, enquanto o segundo é o conceito que reúne os requisitos legalmente padronizados de uma infração; é, portanto, a tipicidade formal. Dessa forma, juridicamente só existe uma relação entre caso concreto (*Sachverhalt*) e tipicidade (*Tatbestand*) através da subsunção¹²⁵.

A complexidade da prática penal reside no fato de que o “caso” – o fato que está a ser decidido – não é previamente dado, como nos manuais de Direito Penal, mas, ao contrário, constrói-se justamente ao longo do processo. A mera *descrição* desses fatos a partir da transcrição da prova oral produzida em juízo forma, portanto, o caso, e não automaticamente a imputação: é necessário que, a partir da situação em concreto formada ao longo do Processo Penal, haja a efetiva relação entre *Sachverhalt* e *Tatbestand*, justamente pelo conceito analítico de fato punível¹²⁶. Nas palavras de ZAFFARONI e BATISTA:

“a ação e mutação física configuram o pragma, que é um fato do mundo real, com sua infinita gama de particularidades e conexões. O juiz, por força do dever que lhe impõe a lei – o tipo – interroga o pragma, verificando preliminarmente a existência de seus componentes objetivos elementares (...)”¹²⁷.

¹²⁵ Para leitura completa: BEULKE, Werner et al. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*. 50 ed. Heidelberg: Müller, 2020, p. 53-54

¹²⁶ A título de exemplificação para fins de maior compreensão: a descrição da prova oral produzida em juízo pode dar conta de que um indivíduo foi lesionado gravemente, conforme atesta laudo pericial acostado nos autos, após ter sido empurrado por um agente que caminhava na sua direção. Entretanto, a imputação penal só poderia subsistir caso houvesse demonstração, a partir das provas dos autos, que formam a totalidade do “caso penal”, de que tal empurrão é causal e imputável objetivamente ao agente (análise do tipo objetivo), que agiu com conhecimento e vontade em relação aos elementos concretos do caso penal, bem como com a realização do resultado típico (análise do tipo subjetivo) em situação não abarcada por qualquer excludente da antijuridicidade (análise da antijuridicidade e das causas de justificação), sendo tal agente imputável, com conhecimento do injusto penal e em situação de normalidade em que seja exigível a sua conformidade com a norma penal (análise da culpabilidade e as causas de sua excludente).

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: segundo volume: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 161

Foi assim, justamente a partir da diferenciação entre as circunstâncias do fato e a previsão legal, que Beling realizou a primeira formulação do conceito de tipo na elaboração da teoria do delito: ultrapassando as previsões anteriores que confundiam as circunstâncias do fato e o seu âmbito normativo – a definição legal –, foi possível desenvolver o conceito de tipo como a reunião das circunstâncias abstratas do delito e, através do método dedutivo, conformar determinado fato à categoria analítica de crime¹²⁸. Percebe-se, portanto, que a definição de delito, desde as origens de sua sistematização como conceito analítico de fato punível, trabalha com categorias *conceituais*, e não meramente fáticas, como faz o Tribunal.

O TJSP, por não trabalhar o que é normativo como normativo, decide mal. A desvinculação do fato que julga com o processo analítico e interpretativo que orienta a decisão – teoria do delito – abre margem para que a decisão se baseie, então, em metarregras punitivas informadas por uma moralidade e ética próprias do Tribunal e o sistema de decisão seja construído somente pela jurisprudência em um ciclo tautológico: decisões fornecem as bases para a análise de decisões que, ao utilizar tais decisões, não analisam propriamente nenhuma categoria de imputação. Afirma-se, portanto, que o Tribunal, ao abrir mão de sua técnica em matéria penal, decide informado não pelo “caso penal”, formado justamente *no* processo, e seus critérios de imputação, mas sim pelo julgamento moral que tem daquele fato apenas travestido de legalidade¹²⁹.

Além disso, o resultado sobre a ordem de análise das decisões do Tribunal demonstra a interrelação entre Direito Penal e Direito Processual Penal no processo decisório, o que, na verdade, não poderia ser diferente, razão pela qual tal resultado corrobora com a crítica da Teoria Geral do Processo, dominante na academia e nas próprias decisões judiciais que confirmam sua inadequação no âmbito penal.

No processo de desagregação das disciplinas das Ciências Criminais, uma das rupturas mais evidentes é a que se verifica entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, com origem na categorização dos conceitos processuais a partir da matriz civilista e da autonomia absoluta do campo processual¹³⁰. Tal teoria decide ignorar que o fato definido como crime é necessariamente identificado com o processo, uma vez que este é necessário – como a única via adequada no Estado Democrático de Direito – para que aquele atinja a sua finalidade manifesta de imposição da sanção

¹²⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 150-151

¹²⁹ Tal conclusão será melhor desenvolvida ao final da monografia, após a apresentação e análise dos demais resultados de pesquisa

¹³⁰ CARVALHO, Salo de. *Antimanoal de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 19

penal. Nesse sentido, só existe Processo Penal como instrumentalidade e, no que tange à teoria do delito, para que o julgador tenha condições de identificar o caso penal e realizar a devida imputação, submetendo os fatos provados através do processo aos critérios integrantes do conceito de crime.

O desembargador do Tribunal, como um típico operador do direito, que nas palavras de COUTINHO “*não passa de um mero repetidor daquilo que se convencionou chamar de senso comum teórico dos juristas*”¹³¹, não relaciona o Direito Processual Penal com seu substrato necessário, o Direito Penal, mas sim os confunde: na ordem de análise, o atestado da materialidade do crime e de autoria sobrepõe-se à subsunção dos fatos e sua prova às regras de imputação, conforme foi demonstrado nos capítulos anteriores.

Conclusões

A partir do que foi analisado, demonstrado e exposto ao longo de toda monografia, conclui-se que a Dogmática do Tribunal está articulada em dois paradigmas de Direito Penal que coexistem e modelam as categorias analíticas de fato punível próprias do Tribunal apontadas acima: o primeiro é o *paradigma causalista*, e, inclusive, o que lhe é cientificamente anterior; o segundo é o *paradigma positivista*, que se expressa nas tendências de Direito Penal de Autor.

Juntamente com tais paradigmas, o Tribunal ancora-se no *fetichismo legalista*, que o impede de acompanhar os avanços teóricos da ciência jurídico-penal e na *construção de narrativas* ancoradas na busca pela verdade real em um processo penal autoritário, uma vez que seu processo decisório não se caracteriza pela verdadeira imputação penal, mas sim pela mera descrição fática do caso penal, sem o menor tensionamento normativo.

Assim, a Dogmática do Tribunal caracteriza-se pela falta de técnica penal – expressa tanto nos paradigmas cientificamente ultrapassados, quanto na descaracterização das categorias analíticas de fato punível –, de forma que seu juízo de imputação é concretamente um juízo de moralidade revestido de legalidade, justamente pelo seu *fetichismo legalista e jurisprudencial*. As protagonistas da decisão condenatória são as metarregras punitivas formadas no bojo do senso comum do magistrado, que transforma a teoria do delito em *retórica de condenações*.

¹³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti para os operadores de direito*. In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

Nesse sentido, ao manejar os significantes da teoria do delito sem levar em conta seu significado teórico, a Dogmática do Tribunal, na sua prática, funciona como ideologia punitiva, sendo o *locus* próprio da condenação e do servilismo judicial à operacionalidade concreta do sistema penal.

Referências bibliográficas

- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005
- _____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011
- BEULKE, Werner et al. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Die Straftat und ihr Aufbau. 50 ed. Heidelberg: Müller, 2020
- CARVALHO, Salo de. *Antimaterial de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia da repressão*: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979
- _____. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti para os operadores de direito*. In: Anuário Ibero-Americanano de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília: Edições Nair, 1984
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020
- MEZGER, Edmund. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. Traducción y notas por Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000
- MUNÓZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*: estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003
- REALE JÚNIOR, Miguel / coordinador. *Direito penal*: jurisprudência em debate. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Penã; Miguel Díaz y García Conledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1
- _____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Tradução por Ana Paula dos Santos; Luiz Natcheradetz; Maria Fernanda Palma; Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Veja, 1998

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020

_____. *O futuro do direito penal*. In: Revista Eletrônica Curso de Direito (n. 3: Anais do I Congresso de Filosofia de Direito). Puc Minas, 2011

_____. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018

_____. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Traducción por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003

_____. *Direito penal brasileiro*: segundo volume: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista*: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019

Apêndices

Ordem	Nº do recurso	Câmara Criminal	Relator	Data de julgamento	Crime	Classificação do crime	Apelante	Providência	Resultado final	Categorias do Tribunal
1	0011716-24.2014.8.26.0005	1ª Câmara	Péricles Piza	11/02/2019	Lesão corporal culposa	Tipo de injusto omissivo	Defesa	Condenação		
2	0830346-85.2013.8.26.0052	3ª Câmara	César Augusto Andrade de Castro	14/08/2018	Lesão corporal seguida de morte	Tipo de injusto doloso	MP	Provimento	Condenação	Culpabilidade psicológica e de Direito Penal de autor
3	0069893-40.2014.8.26.0050	4ª Câmara	Camilo Lélis	14/05/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	MP	Provimento	Condenação	Causalidade biológica Dolo imanente Dolo eventual Análise de legítima defesa
4	0004216-28.2012.8.26.0052	4ª Câmara	Camilo Lélis	24/09/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Causalidade biológica Dolo imanente Análise de legítima defesa
5	0005406-18.2015.8.26.0635	5ª Câmara	Geraldo Wohlers	03/10/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	MP	Improvimento	A absolvição	
6	0051534-08.2015.8.26.0050	5ª Câmara	Juvenal Duarte	18/10/2018	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improvimento	Condenação	Dolo imanente
7	0003660-95.2013.8.26.0050	5ª Câmara	Claudia Fonseca Fanucchi	01/02/2018	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Assistente de acusação	Improvimento	A absolvição	Causalidade biológica
8	0832976-17.2013.8.26.0052	6ª Câmara	Lauro Mens de Mello	25/10/2018	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improvimento	Condenação	Causalidade biológica
9	0043982-89.2015.8.26.0050	6ª Câmara	Ricardo Tucunduva	30/08/2018	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	MP	Parcial provimento	Condenação	Dolo imanente Soma das penas por concurso material
10	0096444-62.2011.8.26.0050	9ª Câmara	Andrade Sampaio	28/03/2019	Lesão corporal grave e lesão corporal seguida de morte	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improvimento	Condenação	Aumento da pena por crime continuado
11	0090371-11.2010.8.26.0050	12ª Câmara	Heitor Donizete de Oliveira	27/11/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	MP	Improvimento	A absolvição	
12	0112169-57.2012.8.26.0050	13ª Câmara	Luis Augusto de Sampaio Arruda	29/08/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improvimento	Condenação	Causalidade biológica Dolo imanente Culpabilidade psicológica
13	0011098-95.2015.8.26.0635	13ª Câmara	França Carvalho	21/11/2019	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improvimento	Condenação	Coautoria
14	0210183-33.1999.8.26.0050	3ª Câmara	Ruy Alberto Leme Carvalho	12/11/2019	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improvimento	Condenação	Aumento da pena por concurso de agentes
15	0111036-04.2017.8.26.0050	9ª Câmara	Grassi Neto	08/08/2019	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improvimento	Condenação	Dolo imanente Aumento da pena por concurso de agentes
16	0085907-60.2018.8.26.0050	14ª Câmara	Walter da Silva	08/08/2019	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento	Condenação	Coautoria Causalidade biológica
17	0021331-92.2017.8.26.0050	15ª Câmara	Gilberto Ferreira da Cruz	13/06/2019	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa/MP	Improvimento	Condenação	Aumento da pena por concurso de agentes Aumento da pena por concurso formal
18	0001859-32.1999.8.26.0052	1ª Câmara	Mário Devienne Ferraz	25/03/2019	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	MP	Improvimento	A absolvição	Dolo imanente Dolo eventual Dolo do latrocínio
19	0045724-81.2017.8.26.0050	2ª Câmara	Sérgio Mazina Martins	11/03/2019	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Afirmiação da culpabilidade como categoria analítica, mas sem análise Coautoria Aumento da pena por concurso formal
20	0003066-42.2017.8.26.0050	5ª Câmara	Claudia Fonseca Fanucchi	25/02/2019	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improvimento	Condenação	Dolo eventual Dolo do latrocínio Culpabilidade psicológica Coautoria correta
21	0066231-63.2017.8.26.0050	6ª Câmara	Ricardo Tucunduva	14/02/2019	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improvimento	Condenação	Aumento da pena por concurso de agentes Concurso de crimes genérico
22	0077093-98.2014.8.26.0050	6ª Câmara	Lauro Mens de Mello	23/08/2018	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improvimento	Condenação	Culpabilidade psicológica Aumento da pena por concurso de agentes Aumento de pena por concurso formal
23	0005299-37.2016.8.26.0635	11ª Câmara	Paulo Rossi	29/06/2018	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improvimento	Condenação	Causalidade biológica Culpabilidade psicológica Aumento da pena por concurso de agentes
24	0023514-07.2015.8.26.0050	14ª Câmara	Hermann Herschander	21/06/2018	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Culpabilidade psicológica Aumento da pena por concurso de agentes
25	0099591-91.2014.8.26.0050	16ª Câmara	Newton Neves	13/06/2018	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Causalidade biológica Aumento da pena por concurso de agentes

26	0044712-32.2017.8.26.0050	7ª Câmara	Fernando Simão	06/06/2018	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Dolo imanente Dolo do latrocínio Culpabilidade psicológica e de Direito Penal de autor Aumento da pena por concurso de agentes Soma das penas por concurso material
27	0084673-82.2014.8.26.0050	10ª Câmara	Carlos Bueno	10/05/2018	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Provimento	A absolvição	Causalidade biológica
28	0006539-35.2014.8.26.0052	4ª Câmara	Edilson Brandão	08/05/2018	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Culpabilidade psicológica Aumento da pena por concurso de agentes
29	0091691-86.2016.8.25.0050	8ª Câmara	Grassi Neto	26/04/2018	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Dolo imanente Dolo do latrocínio Aumento da pena por concurso de agentes
30	0084261-25.2012.8.26.0050	12ª Câmara	Vico Mañas	04/04/2018	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	MP	Improviso	A absolvição	Causalidade biológica
31	0832003-62.2013.8.26.0052	8ª Câmara	César Augusto Andrade de Castro	01/03/2018	Latrocínio	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Insignificância como categoria própria
32	0087753-59.2011.8.26.0050	8ª Câmara	Farto Salles	28/11/2019	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso - sentença absolutória imprópria	Condenação	Furto famélico como categoria própria
33	0008565-66.2015.8.26.0635	7ª Câmara	Eduardo Abdalla	16/10/2019	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Analise de estado de necessidade Crime impossível como categoria própria
34	0001634-56.2015.8.26.0050	13ª Câmara	Moreira da Silva	03/10/2019	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Afirma que não há excludentes de culpabilidade Aumento da pena por concurso de agentes Crime impossível como categoria própria
35	0068047-80.2017.8.26.0050	16ª Câmara	Otávio de Almeida Toledo	16/07/2019	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Insignificância como categoria própria
36	0105382-70.2016.8.26.0050	12ª Câmara	Paulo Rossi	26/06/2019	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa/MP	Provimento - absolvição	A absolvição	Culpabilidade de Direito Penal de autor Crime impossível como categoria própria
37	0006603-08.2015.8.26.0635	6ª Câmara	Marcos Correa	23/05/2019	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Insignificância não admitida pelo ordenamento jurídico Furto famélico como categoria própria Crime impossível como categoria própria
38	0088434-19.2017.8.26.0050	1ª Câmara	Mário Devienne Ferraz	11/02/2019	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Dolo imanente Insignificância como categoria própria Furto famélico como categoria própria Crime impossível como categoria própria
39	0016505-57.2016.8.26.0050	6ª Câmara	Machado de Andrade	29/11/2018	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Insignificância não admitida pelo ordenamento jurídico Aumento da pena por concurso de agentes Crime impossível como categoria própria

40	0011036-55.2015.8.26.0635	9ª Câmara	Silmar Fernandes	08/11/2018	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Insignificância como categoria própria Análise de estado de necessidade Aumento da pena por concurso de agentes Diminuição de pena da tentativa	
41	0070043-21.2014.8.26.0050	3ª Câmara	Álvaro Castello	28/08/2018	Furto	Tipo de injusto doloso	MP	Provimento	Condenação	Insignificância não admitida pelo ordenamento jurídico e analisada como categoria própria Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu Furto famélico como categoria própria Diminuição de pena da tentativa	
42	0010239-54.2016.8.26.0050	12ª Câmara	Ivana David	02/08/2018	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Crime impossível como categoria própria	
43	0000614-84.2016.8.26.0635	5ª Câmara	Geraldo Wohlers	21/07/2018	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Insignificância não admitida pelo ordenamento jurídico e analisada como categoria própria Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu	
44	0000600-66.2017.8.26.0635	7ª Câmara	Alberto Anderson Filho	16/05/2018	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Furto famélico como categoria própria Culpabilidade de Direito Penal do autor Diminuição da pena da tentativa	
45	0007954-79.2016.8.26.0635	11ª Câmara	Xavier de Souza	28/02/2018	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Insignificância como categoria própria Furto famélico como categoria própria Crime impossível como categoria própria	
46	0061801-05.2016.0050	2ª Câmara	Silmar Fernandes	05/02/2018	Furto	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Insignificância como categoria própria Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu Crime impossível como tentativa impunível	
47	0064990-88.2016.8.26.0050	4ª Câmara	Ivana David	30/01/2018	Roubo	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Furto famélico como categoria própria Aumento da pena por concurso de agentes	
48	0074598-13.2016.8.26.0050	2ª Câmara	Sérgio Mazina Martins	04/11/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Culpabilidade psicológica Aumento de pena por continuidade delitiva	
49	0090924-48.2016.8.26.0050	6ª Câmara	Zorzi Rocha	12/12/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Dolo imanente Aumento da pena por concurso de agentes Aumento de pena por continuidade delitiva Diminuição da pena da tentativa	
50	0081018-63.2018.8.26.0050	4ª Câmara	Ivana David	10/12/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Identifica início da execução na tentativa	
51	1503951-59.2019.8.26.0228	7ª Câmara	Reinaldo Cintra	11/12/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Afirmativa da culpabilidade como categoria analítica, mas sem análise	
52	0115473-64.2012.8.26.0050	12ª Câmara	João Morenghi	11/12/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Dolo imanente	
53	0000123-39.2016.8.26.0001	9ª Câmara	Sérgio Coelho	28/11/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Aumento de pena por continuidade delitiva	

54	1501594-09.2019.8.26.0228	1ª Câmara	Péricles Piza	02/12/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Dolo imanente
55	0030286-78.2018.8.26.0050	13ª Câmara	França Carvalho	28/11/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Concurso de crimes Soma das penas por concurso material
56	0083429-16.2017.8.26.0050	4ª Câmara	Ivana David	12/11/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Dolo imanente Culpabilidade de Direito Penal do autor Consumação como crime-meio e fim
57	0107673-09.2017.8.26.0050	10ª Câmara	Fábio Gouvêa	07/12/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Culpabilidade do autor Crime impossível com categoria própria
58	0004722-97.2018.8.26.0050	16ª Câmara	Osnir Pereira	06/11/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Culpabilidade psicológica Concurso material definido
59	0096933-89.2017.8.26.0050	16ª Câmara	Newton Neves	29/10/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Provimento	Condenação	Dolo imanente Culpabilidade de Direito Penal do autor Tentativa sem análise do início da execução
60	0068270-96.2018.8.26.0050	15ª Câmara	Cláudio Marques	24/10/2019	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Culpabilidade psicológica e de Direito Penal de autor Definição de tentativa pela lei
61	0038695-29.2007.8.26.0050	11ª Câmara - Ext.	Alexandre Almeida	06/04/2018	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa/MP	Provimento	Condenação	Aumento de pena por continuidade delitiva
62	0006408-86.2002.8.26.0050	7ª Câmara	Fernando Simão	26/02/2018	Estupro	Tipo de injusto doloso	Defesa/MP	Improviso	Condenação	Culpabilidade psicológica e de Direito Penal de autor
63	0016937-29.2016.8.26.0001	11ª Câmara	Xavier de Souza	23/10/2019	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Improviso	Condenação	Causalidade invertida
64	0054794-40.2008.8.26.0050	5ª Câmara	Damião Cogan	24/10/2019	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Provimento	Condenação	Imprudência como culpa
65	0030993-77.2010.8.26.0001	6ª Câmara	Lauro Mens de Mello	03/10/2019	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Improviso	Condenação	Não existe compensação de culpas
66	0069706-84.2011.8.26.0002	15ª Câmara	Willian Campos	19/09/2019	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Improviso	Condenação	Imprudência como culpa Não existe compensação de culpas
67	0000802-72.2017.8.26.0011	16ª Câmara	Newton Neves	28/08/2019	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Improviso	Condenação	Causalidade biológica Imprudência como culpa
68	0006474-12.2013.8.26.0008	13ª Câmara	Moreira da Silva	22/08/2019	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Causalidade invertida Imprudência e negligéncia como culpa Não existe compensação de culpas Afirmação da culpabilidade como categoria analítica, mas sem análise
69	0002504-79.2014.8.26.0004	14ª Câmara	Marco de Lorenzi	06/06/2019	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Imprudência como culpa Não existe compensação de culpas
70	0015915-42.2012.8.26.0011	10ª Câmara	Nuevo Campos	23/05/2019	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa/MP	Parcial provimento - pena	Condenação	Causalidade biológica Imprudência e imperícia como culpa
71	0001203-60.2015.8.26.0005	14ª Câmara	Walter da Silva	09/05/2019	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Inobservância de dever de cuidado para afirmar a culpa
72	0837381-96.2013.8.26.0052	2ª Câmara	Francisco Orlando	29/04/2019	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Parcial provimento	Condenação	Imperícia como modalidade de culpa
73	0013277-16.2012.8.26.0050	7ª Câmara	Alberto Anderson Filho	21/11/2018	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Improviso	Condenação	Causalidade invertida Imprudência como culpa
74	0006681-27.2016.8.26.0001	7ª Câmara	Reinaldo Cintra	10/10/2018	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Improviso	Condenação	Causalidade biológica Imprudência como culpa
75	0004870-73.2009.8.26.0002	9ª Câmara	Márcio Eld Sammarco	09/08/2018	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Improviso	Condenação	Imprudência como culpa Não existe compensação de culpas
76	0012794-84.2013.8.26.0006	8ª Câmara	Luis Soares de Mello	05/06/2018	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Causalidade invertida Afirmação da culpabilidade como categoria analítica, mas sem análise
77	0094374-67.2014.8.26.0050	5ª Câmara	Mauricio Henrique Guimarães Pereira Filho	26/04/2018	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Imprudência como culpa
78	0000854-73.2014.8.26.0011	1ª Câmara	Diniz Fernando	19/03/2018	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa/MP	Parcial provimento - pena	Condenação	Imprudência como culpa
79	0027864-90.2021.8.26.0002	12ª Câmara	Alex Zilenovski	01/03/2018	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Provimento	A absolvição	

80	0014983-78.2012.8.26.0003	3ª Câmara	Airton Vieira	06/03/2018	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Imprudência e imperícia como culpa
81	0023052-87.2012.8.26.0007	4ª Câmara	Euvaldo Chaib	30/01/2018	Homicídio culposo	Tipo de injusto imprudente	MP	Improviso	A absolvição	
82	0024817-11.2003.8.26.0007	10ª Câmara	Rachid Vaz de Almeida	07/11/2019	Abandono material	Tipo de injusto omissivo	Defesa	Improviso	Condenação	
83	0011399-72.2013.8.26.0001	8ª Câmara	Alcides Malossi Junior	02/08/2018	Abandono material	Tipo de injusto omissivo	Defesa	Improviso	Condenação	Dolo imanente
84	0000508-62.2008.8.26.0002	10ª Câmara	Nuevo Campos	30/06/2017	Abandono material	Tipo de injusto omissivo	Defesa	Improviso	Condenação	
85	0000199-12.2011.8.26.0010	7ª Câmara	Lauro Mens de Mello	28/06/2017	Abandono material	Tipo de injusto omissivo	Defesa/MP	Parcial provimento - pena	Condenação	Dolo imanente Culpabilidade psicológica
86	0035556-88.2015.8.26.0050	10ª Câmara	Fábio Gouvêa	19/07/2018	Apropriação indébita	Tipo de injusto doloso	Defesa/MP	Improviso	Condenação	Culpabilidade de Direito Penal do autor
87	0034108-12.2017.8.26.0050	6ª Câmara	Marcos Correa	25/04/2019	Porte de arma	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu
88	0002965-59.2018.8.26.0635	1ª Câmara	Figueiredo Gonçalves	16/12/2019	Tortura	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento	Condenação	Causalidade biológica Culpabilidade de Direito Penal do autor
89	0025358-21.2017.8.26.0050	8ª Câmara	Sérgio Ribas	01/03/2018	Porte de arma	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu Culpabilidade psicológica Concurso de crimes genérico
90	0015768-20.2017.8.26.0050	7ª Câmara	Freitas Filho	18/07/2018	Porte de arma	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Dolo imanente Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu Soma de penas por concurso material
91	0004879-41.2016.8.26.0050	3ª Câmara	Tolosa Neto	30/01/2018	Porte de arma	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu
92	0001875-90.2014.8.26.0009	15ª Câmara	Ricardo Sale Júnior	06/12/2018	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento	Condenação	Causalidade biológica Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu
93	0043097-12.2014.8.26.0050	13ª Câmara	Luis Augusto de Sampaio Arruda	22/03/2018	Porte de arma	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu
94	0102424-14.2016.8.26.0050	6ª Câmara	Marco Antonio Marques da Silva	22/11/2018	Roubo	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Culpabilidade de Direito Penal do autor
95	0001933-34.2016.8.26.0006	11ª Câmara	Xavier de Souza	19/09/2018	Maus-tratos	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Causalidade biológica
96	000368-63.2017.8.26.0050	2ª Câmara	Luiz Fernando Vaggione	11/06/2018	Roubo	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	
97	0002470-57.2014.8.26.0052	6ª Câmara	José Raul Gavião de Almeida	05/07/2018	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa/MP	Improviso	Condenação	Mistura entre os níveis de análise na causa de justificante Aumento da pena por concurso de agentes
98	0010530-93.2012.8.26.0050	11ª Câmara	Fábio Gouvêa	29/06/2018	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Causalidade biológica Dolo imanente Dolo eventual
99	0005049-13.2016.8.26.0050	13ª Câmara	Augusto de Siqueira	05/12/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Provimento	A absolvição	
100	0001019-65.2012.8.26.0052	1ª Câmara	Figueiredo Gonçalves	28/05/2018	Lesão corporal seguida de morte	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Causalidade biológica Mistura entre os níveis de análise na causa de justificante
101	0106141-73.2012.8.26.0050	3ª Câmara	Tolosa Neto	22/05/2018	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa/assistente de acusação	Improviso	Condenação	Mistura entre os níveis de análise na causa de justificante Aumento de pena por concurso de agentes
102	0035395-02.2013.8.26.0001	13ª Câmara	Moreira da Silva	15/03/2018	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Causalidade biológica Mistura entre os níveis de análise na causa de justificante
103	0028407-37.2005.8.26.0003	2ª Câmara	Sérgio Mazina Martins	05/02/2018	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu

104	0003950-43.2016.8.26.0006	8ª Câmara	Sérgio Ribas	28/11/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Causalidade biológica Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu Mistura entre os níveis de análise na causa de justificante
105	0078730-55.2012.8.26.0050	7ª Câmara	Eduardo Abdalla	23/10/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Mistura entre os níveis de análise na causa de justificante
106	0000068-88.2016.8.26.0001	11ª Câmara	Xavier de Souza	25/09/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Causalidade biológica
107	0001536-26.2017.8.26.0010	15ª Câmara	Gilberto Ferreira da Cruz	15/08/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Mistura entre os níveis de análise na causa de justificante
108	0006578-83.2017.8.26.0001	8ª Câmara	Ely Amioka	11/04/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Causalidade biológica Dolo imanente Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu Definição de concurso material
109	0001301-90.2011.8.26.0003	15ª Câmara	Gilberto Ferreira da Cruz	14/03/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento	Condenação	Causalidade biológica Mistura entre os níveis de análise na causa de justificante Concurso de crimes genérico
110	0003656-84.2013.8.26.0009	1ª Câmara	Ivo de Almeida	25/02/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Causalidade biológica Dolo imanente Mistura entre os níveis de análise na causa de justificante
111	0009582-40.2015.8.26.0635	10ª Câmara	Fábio Gouvêa	07/02/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Parcial provimento - pena	Condenação	Mistura entre os níveis de análise na causa de justificante
112	0056999-61.2016.8.26.0050	8ª Câmara	Alcides Malossi Junior	31/01/2019	Lesão corporal grave	Tipo de injusto doloso	Defesa	Improviso	Condenação	Insignificância como categoria própria Mistura entre os níveis de análise na causa de justificante Afasta a causa de justificação por falta de prova da versão do réu Aumento da tentativa Concurso de crimes genérico