

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIEL FELIPE HINKE ZANIN

***BIS IN IDEM*: INAPLICABILIDADE DO ART. 121, § 4º, PRIMEIRA PARTE, DO
CÓDIGO PENAL**

Florianópolis

2013

GABRIEL FELIPE HINKE ZANIN

***BIS IN IDEM*: INAPLICABILIDADE DO ART. 121, § 4º, PRIMEIRA PARTE, DO
CÓDIGO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Orientador: Alexandre Morais da Rosa

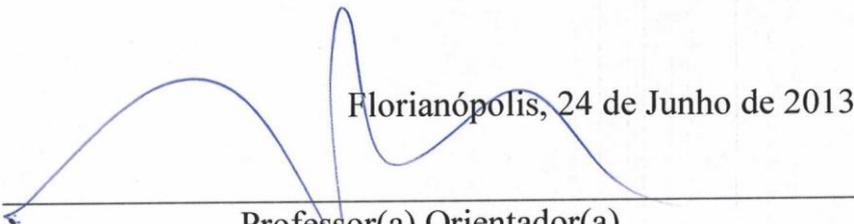
Florianópolis
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

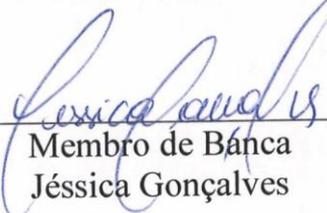
ATA DE SESSÃO DE AVALIAÇÃO
DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

A monografia final intitulada "**Bis in idem: inaplicabilidade do art. 121, § 4º, primeira parte, do Código Penal**", elaborada por **Gabriel Felipe Hinke Zanin**, matrícula nº 08122012, foi apresentada e defendida em sessão pública de arguição e avaliação, em 24 de Junho de 2013, às 10 horas e 30 minutos, na Sala 109 do CCJ, perante a banca examinadora formada pelos membros abaixo assinados, tendo obtido aprovação com nota 10 (dez) e sido julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução n. 003/95/CEPE.

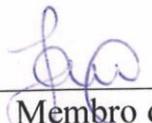
Florianópolis, 24 de Junho de 2013



Professor(a) Orientador(a)
Alexandre Moraes da Rosa



Membro de Banca
Jéssica Gonçalves



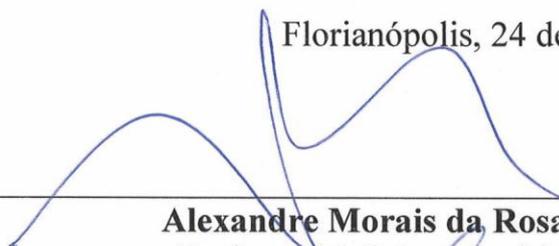
Membro de Banca
Lilian Patrícia Casagrande

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

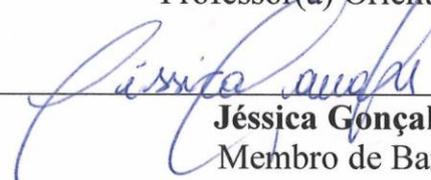
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Bis in idem: inaplicabilidade do art. 121, § 4º, primeira parte, do Código Penal**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Gabriel Felipe Hinke Zanin**, defendida em **24/06/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

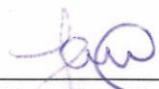
Florianópolis, 24 de Junho de 2013



Alexandre Morais da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Jéssica Gonçalves
Membro de Banca



Lilian Patrícia Casagrande
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Aos colegas de trabalho do Tribunal de Justiça/SC.

Aos amigos da Polícia Civil/SC, em especial a Rafael Bazzo, Luiz Gonzaga e Sérgio Rodycz, pela experiência profissional compartilhada entre 2008-2012.

Aos meus amados pais, Salim e Rosi, fontes de inspiração em minha vida.

À Sulayne Mabile, companheira com quem caminhei e aprendi nestes últimos anos.

“Da monarquia falam os reis. Mas o direito – aproveitemos o homo ludens em cada um de nós – é um baralho, jogo de cartas que mescla ciência e arte no aprendizado, que mãos hábeis o elucidam, mãos rapaces o ludibriam e mãos inábeis vitimam seus jogadores. Neste jogo de cartas há reis, por certo, e também damas e curingas, de muitos naipes e infinitas combinações.”

Edilson Mougenot Bonfim

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar, fundamentadamente, a inaplicabilidade do art. 121, § 4º, primeira parte, do Código Penal que estatui aumento de pena de um terço quando o homicídio decorre de inobservância de regra técnica de profissão, arte, ou ofício. Sob a ótica garantista, deve-se afastar sua incidência por ferir, substancialmente, o princípio do *ne bis in idem*. Esta majorante confunde-se com as modalidades de culpa, o que já fundamenta a caracterização do tipo penal culposos, não sendo possível aplicá-la na terceira fase da pena pelos mesmos motivos. Será demonstrada também a desmedida mensuração do desvalor da conduta entre o imperito e o inobservador de regra técnica, visto que a conduta deste é menos reprovável do que daquele, não merecendo a incidência da causa de aumento por flagrante desproporcionalidade. Para a realização do presente trabalho monográfico, adotou-se o método científico indutivo, além da jurisprudência e das demais fontes materiais bibliográficas.

Palavras-chave: Direito Penal. Garantismo penal. Princípio do *ne bis in idem*. Homicídio culposos. Inobservância de regra técnica.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 GARANTISMO PENAL	12
2.1 Teoria do Garantismo Penal: breve exposição	15
2.2 Princípios e garantias penais frente à punição estatal	18
2.3 Princípio do <i>ne bis in idem</i> na dosimetria da pena	24
3 CULPA NO DIREITO PENAL	34
3.1 Tipo penal nos crimes culposos e sua relação com o princípio do <i>non bis idem</i>	36
3.2 Modalidades de culpa e a inobservância de regra técnica	38
3.3 A Inobservância de regra técnica previsto no homicídio culposo	41
4 BIS IN IDEM: INAPLICABILIDADE DO ART. 121, § 4º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL	45
4.1 A desmedida mensuração do desvalor da conduta entre o imperito e o inobservador de regra técnica	48
4.2 A dosimetria da pena do art. 121, § 4º, do Código Penal: atecnia e motivação inidônea	51
4.3 A inaplicação da majorante: <i>bis in idem</i> nos fundamentos para configurar a culpa e agravar a pena	58
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, registre-se que o Direito Penal moderno está insculpido sobre diversos princípios garantistas que freiam o direito penal subjetivo do Estado, sobressaindo-se aqueles que são considerados básicos, na ótica do Nilo Batista: princípios da legalidade, da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade e da culpabilidade.

Os princípios basilares do Direito Penal, as garantias constitucionais e os princípios informadores do Processo Penal formam um contexto garantista de modo que um decreto condenatório do Estado-Juiz só será legítimo se obedecer estritamente a esses ditames. O que se quer informar é que, partindo-se da premissa de que o Estado detém o monopólio da jurisdição penal, consubstanciado na competência em processar e julgar infrações penais, a ele foi estabelecido regras e limites para sua atuação.

No segundo capítulo, far-se-á uma leitura, ainda que perfunctória, dos dispositivos constitucionais vazados no art. 5º, incisos *LIII* (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” – princípio do juiz natural), *LIV* (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” – princípio do devido processo legal), *LV* (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente” – princípio do contraditório e da ampla defesa), *LVI* (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” – princípio da vedação de provas ilícitas) porquanto são através desses ditames constitucionais que é conferida validade tanto para as normas infraconstitucionais do legislador penal e processual penal quanto aos decretos condenatórios prolatados pelo Estado-Juiz.

Do devido processo legal, em seu formato substancial, emerge o princípio do *ne bis in idem* que impede, em simples palavras, a dupla punição pelo mesmo fato. Seu desdobramento implica que, na dosimetria da pena, o magistrado

deve observar este princípio, não se permitindo, portanto, aplicar gravames ao réu com base em motivos já mencionados em outras fases da aplicação da pena.

De outro norte, o terceiro capítulo se concentrará no instituto da culpa. É sabido que a culpa, conceituada basicamente como a falta do dever de cuidado, está prevista em diversos tipos penais como nos delitos de homicídio, lesões corporais, incêndio etc. Nunca é demais lembrar que no Direito Penal o tipo incriminador é descrito para atuações dolosas, só sendo possível punir o agente, a título de culpa, se houver esta previsão. É o que se chama de excepcionalidade do crime culposo, prevista no parágrafo único do art. 18 do Código Penal.

Pois bem, a culpa apresenta três modalidades: negligência, imprudência e imperícia. Ainda, fala-se em inobservância de regra técnica, que por sua vez, segundo a doutrina majoritária, é compreendida fora dessas três modalidades, por considerá-la no campo da culpabilidade (maior reprovabilidade da conduta) razão pela qual parte da doutrina diz ser possível a aplicação de sua incidência. É o que acontece, dessa maneira, no homicídio culposo previsto no art. 121, §§ 3º e 4º, do Código de Penal, *in verbis*:

Homicídio simples

Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício (...).

Como se verá no derradeiro capítulo do presente trabalho, tal aplicação não é possível em razão da negligência/imprudência do agente já ser o elemento nuclear da caracterização da culpa, não podendo este mesmo fundamento ensejar a causa de aumento de pena, nos moldes do § 4º do artigo citado.

Não bastasse esta razão para afastar a majorante, observa-se que a desmedida mensuração do desvalor da conduta entre o imperito e o inobservador de regra técnica é flagrantemente desproporcional, pois quem deveria ter maior grau de reprovabilidade é justamente o agente que não tem o conhecimento técnico para agir (imperito). Ao revés, em patente desproporcionalidade, a causa de aumento em comento incide àquele que sabe da norma técnica, mas que por desatenção, não a usa ao agir. Veja-se, à guisa de exemplificação, a narrativa de Flávio Monteiro Barros¹:

Se o médico especialista em uma cirurgia cardíaca, por descuido, corta um nervo do paciente, causando-lhe a morte, está configurada a agravante, pois ele tinha o conhecimento técnico, mas não o observou. Entretanto, se a cirurgia fosse feita por um médico não especialista, sem a necessidade habilidade, que cortasse o mesmo nervo, teríamos a simples imperícia.

Ora, a conduta do médico especialista incorre na previsão do art. 121, § 4º, com uma sanção mais severa (detenção, de 1 a 3 anos mais o aumento de 1/3 da pena) ao passo que a conduta do médico não especialista tem menor grau de reprovabilidade consubstanciada tão somente na pena de detenção de 1 a 3 anos.

Diante dos argumentos levantados, e que serão delineados a seguir, é que se vislumbra o afastamento dessa causa de aumento de pena. À luz do princípio do *ne bis in idem*, mergulhado este na doutrina garantista, o magistrado, ao realizar a dosimetria da pena decorrente de homicídio culposo, deve fundamentar a conduta do agente (leviana, descuidada, negligente, etc.) como um comportamento negligente, imprudente ou imperito (leviandade, descuido, etc.) para caracterizar o homicídio culposo, direcionando o agente à pena do art. 121, § 3º, do diploma penal. Após isso, na terceira fase da dosimetria (análise das causas de aumento/diminuição de pena), não há como fundamentar o aumento de 1/3 (um terço) da pena decorrente de inobservância de regra técnica com base naquela mesma conduta (leviana, descuidada, negligente etc.), que já caracterizou a culpa.

¹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997.

2 GARANTISMO PENAL

A doutrina do Garantismo Penal tem como marco principal a obra de Luigi Ferrajoli, intitulada de Direito e Razão, coadunando-se ao Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal. Assim, nas palavras de Ferrajoli, o garantismo, no sentido do Estado Constitucional de Direito “É aquele conjunto de vínculos e regras racionais impostas a todos os poderes na tutela dos direitos de todos, representa o único remédio para os poderes selvagens.”².

Ante a punição estatal realizada, não raro, de forma arbitrária, o doutrinador italiano propôs dez axiomas que limitam o direito penal subjetivo do Estado, isto é, o direito de punir o agente. São eles:

1) *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;

2) *Nullum crimen sine lege*: princípio da reserva legal;

3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do direito penal;

4) *Nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade ou da ofensividade do resultado;

5) *Nulla injuria sine actio*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;

6) *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;

7) *Nulla culpa sine iudicio*: princípio da jurisdicionalidade;

8) *Nullum iudicium sine accusatione*: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.

9) *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação;

10) *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da defesa.

Deste modo, a violação a esses axiomas ilegítima a atuação estatal. Nesse norte, assinala Alexandre Morais da Rosa que

no modelo ideal de Ferrajoli são indicados *onze princípios* necessários e sucessivos de legitimidade do sistema penal e, desta forma, da sanção. São eles: *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova e defesa*. A ausência de um deles torna a resposta estatal, lida a partir do Garantismo, ilegítima, constituindo, cada um (dos princípios), *condição da responsabilidade penal*³.

O que se quer, em poucas palavras, é estabelecer limites à liberdade judiciária, abominar qualquer condenação sem absolutas certezas e extirpar processos sem plena ampla defesa, e o devido acatamento dos ditames constitucionais, sobretudo os consolidados no art. 5º da Carta Magna.

O garantismo penal objetiva, na área do Direito Penal, o respeito ao princípio da legalidade, da anterioridade, da taxatividade, da necessidade de lei escrita para instituir o tipo penal incriminador, a vedação da dupla punição (considerar duas vezes o mesmo objeto para agravar a pena), da irretroatividade da lei penal, da vedação a analogia *in malam partem*, dentre outros princípios já consagrados no Direito Penal.

Na seara processual penal, a doutrina do garantismo nada mais requer do que senão a devida observância das regras processuais penais, do sistema acusatório, do devido processual legal, do princípio do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, do *ne bis in idem* (não ser processado duas vezes pelo mesmo fato), e por que não de uma correta, fundamentada e transparente dosimetria penal.

³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 38.

Nesta vertente, assinala Eugênio Pacelli de Oliveira⁴:

Impulsionado pela obra do italiano Luigi Ferrajoli, já publicada em língua portuguesa (Direito e Razão – Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais), o garantismo penal oferece sólidos elementos para um arcabouço de filosofia do Direito Penal e do Processo Penal. Partindo do modelo o Estado de Direito, particularmente no que respeita à gestão das relações entre o Poder Público e o particular, Ferrajoli procura estabelecer limites mais ou menos objetivos para a contenção a nascente e crescente liberdade judiciária, o ponto e vista específico do Direito Penal e do Processo Penal.

Decorrente do Garantismo Penal, e de total importância, é que se cuidará além de uma breve exposição dessa doutrina, os princípios basilares do Direito Penal inspirados em Nilo Batista, resultando diversas garantias ao acusado, sobretudo, o “novo” desdobramento do *ne bis in idem*.

A influência da teoria do Garantismo Penal nos demais ramos do direito é notória. O processo penal, por exemplo, serve como meio para se chegar à aplicação das sanções do Direito Penal, e por isso, deve ser permeado pela corrente do garantismo. Eugênio Pacelli de Oliveira, comentando sobre a possibilidade de recursos das decisões do júri, ensina que:

De mais a mais, pode-se ainda argumentar que, do ponto de vista de um Estado Democrático de Direito e de um processo penal garantista, como é e pretende ser o nosso, revela-se inconveniente e perigoso o trancamento absoluto das vias impugnativas das decisões penais condenatórias.⁵ (*Destacou-se*).

Já no que tange a apuração de atos infracionais perpetrados por adolescentes, cuja sanção é a medida socioeducativa, incidem as regras especiais do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesta toada, Alexandre Morais da Rosa faz menção de que não se deve descuidar do garantismo penal, sobretudo no cumprimento da medida socioeducativa pelo adolescente-infrator:

Efetuada a leitura da pretensão pedagógica, conforme a Constituição e o **Garantismo**, não se pode querer impor, na linha da hospitalidade e por ser totalitário, qualquer processo de canonização ao adolescente submetido ao

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 33.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 702 .

cumprimento de medida socioeducativa. Isto é, não se pode querer melhorar nem piorar o adolescente.⁶ (*Grifou-se*).

Por fim, anota-se que Garantismo Penal também se enveredou na seara do direito execucional penal. Assim, inevitável respeitar a estrita legalidade no cumprimento da pena, impondo deveres e gravames ao apenado somente através de lei.

Como a execução penal é atividade que restringe garantia fundamental o status *libertatis* -, ela é regulada de forma exauriente pelo legislador, não se admitindo, nessa esfera, meios executivos que não estejam expressamente previstos naquele diploma legal. Trata-se de característica do necessário garantismo penal que deve inspirar o sistema de aplicação de penas no direito brasileiro. Em outras palavras, não é permitida a liberdade dos meios de execução, mas que a execução penal se dê na forma legalmente estabelecida.⁷

Essa é a ideia do Garantismo Penal sob o viés negativo, conhecido como aquele que busca a proteção contra os abusos do Estado. De outra banda, não se olvide o aspecto positivo do garantismo penal. Sob este enfoque há mandados de criminalização (CF, art. 5º, inc. XLII e art. 225) bem como de mandados de tratamento diferenciado (CF, art. 5º, incs. XLIII e XLIV), previstos constitucionalmente, que não permitem ao legislador infraconstitucional e aos operadores de direito recusá-los, ainda que em matéria limitativa ao poder punitivo estatal. Resulta tal contexto do princípio da proporcionalidade, que impede a proteção insuficiente/deficiente dos bens jurídicos tutelados pela ordem penal.

2.1 Teoria do Garantismo Penal: breve exposição

A legislação não deve só estabelecer direitos e garantias, mas também as regras da pretensão punitiva estatal, apregoando seus limites e possibilidades de atuação, consoante assevera Claus Roxin⁸:

⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Jurisdição do real x controle penal: Direito & Psicanálise, via literatura**. 2ª ed. digital. Petrópolis/RJ: KindleBookBr Editora Digital, 2011, p. 37-38.

⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador/BA: Juspodvim, 2013, p. 1.289.

⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 137.

O ordenamento jurídico não somente deve dispor de métodos e meios adequados para a prevenção do delito, senão que também deve impor limites ao emprego da potestade punitiva, para que o cidadão não fique desprotegido e a mercê de uma intervenção arbitrária ou excessiva do “Estado Leviatã”.

Não obstante os dez axiomas desenvolvidos por Ferrajoli, a teoria do Garantismo Penal designa um modelo normativo de Direito que se caracteriza como um sistema de vínculos jurídicos substanciais, impostos a todos os poderes do Estado, em prol da defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos – quer se tratem de direitos de liberdade (“direitos de”), assegurados mediante a imposição de proibições aos poderes públicos do Estado; quer se tratem dos direitos sociais (“direitos a”), tutelados em razão da prescrição de obrigações de satisfação, dirigidas aos entes estatais⁹.

Na mesma esteira, sob o prisma de um Direito Penal constitucional, ressalta Salo de Carvalho¹⁰ que

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento prático-teórico idôneo à tutela de direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa do ‘bem comum’. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Finalmente, assenta Luigi Ferrajoli¹¹ que

é sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a ‘necessidade pública’ do direito penal, enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe

⁹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 224.

¹⁰ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 19.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 311-312.

definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem as punições.

Eugênio Pacelli de Oliveira observa que

Desde a Constituição da República, em 1988, o aprofundamento constitucional das questões ligadas às garantias individuais é fato consumado e indiscutível. A visão garantista do processo penal não é mais novidade, e, pelo menos no mundo acadêmico, nem é mais minoria. Basta ver também a maior parte das decisões emanadas de nossos Tribunais Superiores, para ficarmos apenas com o Superior Tribunal de Justiça e com a Suprema Corte, revelando a introjeção, na jurisprudência, da necessidade de uma mais efetiva tutela das liberdades públicas¹².

Infere-se deste contexto que o Direito penal e Processual Penal deve ser lido à luz do Direito Constitucional e de uma teoria garantista que seja rigorosamente aplicada. Não se quer aqui a plena proteção ao réu, mas tão somente o respeito às regras processuais para, doravante, “legitimar” eventual decreto condenatório. Não se esqueça que

O garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantido a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada. Por se tratar de modelo ideal (e ideológico), apresenta inúmeros pressupostos e consequências lógicas e teóricas¹³.

Impossível, portanto, seguir um modelo garantista quando na dosimetria da pena é ferido o princípio do *non bis in idem* e da motivação das decisões (art. 93, inciso IX, da Lei Fundamental), pois “a obrigatoriedade de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais deve ser entendida como uma das garantias do cidadão inerentes ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito.”¹⁴

Privilegiando a fundamentação, e da necessidade de regrar o cálculo da pena, com a reforma de 1984 o Código Penal adotou um modelo criterioso. Superando a tradicional polêmica entre Nelson Hungria e Roberto Lyra, o art. 68 estabeleceu o método trifásico para a fixação da pena, pois, segundo Tornaghi, o juiz tem que dizer não somente por que razão condena, mas

¹² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador/BA: Juspodvim, 2013, p. 30.

¹³ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20.

¹⁴ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 33.

também por que aplica determinada pena, especialmente no que respeita à quantidade.¹⁵

À luz da Constituição Federal, Alexandre Morais da Rosa verifica que “a teoria garantista representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamento capaz e estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para a resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo e formação político-jurídico o Estado, aberto ao devir”¹⁶. Em seguida, arremata: “em outras palavras, a Constituição, nesta concepção garantista, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo e sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do Direito e o Processo Penal”.

2.2 Princípios e garantias penais frente à punição estatal

O Estado, dotado de seu poder subjetivo de punir, não possui meios imoderados e ilimitados para impor a pena ao indivíduo. Pelo contrário, para legitimar sua atuação, deve-se respeitar o devido processo legal e as garantias esculpidas, explícita e implicitamente, na Constituição Cidadã de 1988. Nessa senda, é a posição de Guilherme Merolli:

Assim, ao falarmos de “princípios penais de garantia”, estaremos, aqui, a nos perguntar dentro de quais “limites” pode este Estado Social e Democrático de Direito exercer legitimamente o seu poder de punir. Ou seja, estaremos a investigar dentro de quais “limites” é legítimo o recurso por parte do Estado ao “ao jus puniendi”, até porque num Estado dessa

¹⁵ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 34.

¹⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 36-37.

feição o “jus puniendi” não pode ser exercido de forma arbitrária, sem freios, nem limites¹⁷.

Quando se fala em princípios e garantias penais (princípios básicos¹⁸), logo se destacam aqueles elencados no art. 5º da Carta Magna, como o da legalidade (inciso XXXIX), da anterioridade (também inciso XXXIX), da irretroatividade da lei penal (inciso XL) etc. Porém, na lição de Nilo Batista, há princípios que freiam a punição estatal, isto é, condicionam/limitam a imposição de pena ao agente, por parte do Estado, para não afrontar direitos/garantias asseguradas ao réu.

Tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo direito penal, seja através de norma expressa (como, por exemplo, o princípio da legalidade – art. 1º, CP), seja pelo conteúdo de muitas normas a ele adequadas (como, por exemplo, a inexistência de pena de morte ou mutilações – art. 32, CP – e o objetivo de integração social da pena – art. 1º, LEP – com relação ao princípio da humanidade), não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um **estado de direito democrático**¹⁹. (*Grifou-se*).

Para Nilo Batista, são cinco os princípios básicos do Direito Penal: a) princípio da legalidade ou da reserva legal; b) princípio da intervenção mínima; c) princípio da lesividade; d) princípio da humanidade e e) princípio da culpabilidade²⁰.

a) Princípio da legalidade ou da reserva legal

Com previsão no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, assim como no art. 1º do Código Penal, este princípio, também conhecido como princípio da estrita legalidade, revela que somente a lei pode prever delitos e cominar penas, como apregoa Ferrajoli: *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Conclui-se, de antemão, que é vedada a edição de medidas provisórias sobre Direito Penal. Reforça-se isso com a simples leitura do art. 62, inciso I, alínea b, da Constituição Federal.

¹⁷ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 265-266.

¹⁸ Nomenclatura adotada por Nilo Batista.

¹⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 61-62.

²⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 64.

É visto por Guilherme Merolli como um princípio de dupla face, nos seguintes termos:

Trata-se, assim, de uma “garantia de dupla face” inerente ao Estado Democrático de Direito, pois nós cidadãos, devemos ter garantia de que podemos fazer tudo aquilo que não esteja penalmente proibido de forma prévia e expressa pelo Estado; e ainda assim, se fizermos algo que esteja penalmente proibido pela lei, devemos ter a garantia de que receberemos uma sanção penal de acordo com a espécie e a quantidade estipuladas pelos marcos legislativos penais²¹.

Este princípio revela dois fundamentos, um de natureza política e outro de natureza jurídica.

O fundamento político consiste na proteção do ser humano, respeitando seus direitos e garantias fundamentais, evitando-se o arbítrio estatal em seu direito de punir.

O fundamento jurídico, por sua vez, consubstancia-se na certeza, isto é, na taxatividade em que o legislador deve precisar com a maior clareza possível o tipo penal ou fornecer seus elementos mínimos²². Ademais, o princípio da legalidade também vincula o juiz aos ditames legais, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça:

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para que lhe permita a ordem jurídica ao ponto de conceder benefícios proibitivos pela norma vigente, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo²³.

b) Princípio da intervenção mínima

²¹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 268.

²² A maioria da doutrina e jurisprudência entende que as normas penais em branco não ofendem o princípio da reserva legal, pois o tipo penal já está criado pela lei, necessitando apenas de complemento de outra espécie normativa.

²³ STJ, **Habeas Corpus n. 92.010/ES**, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgado em 21.02.2008.

O Direito Penal só é legítimo quando criminaliza condutas que não podem ser coibidas por outros ramos do Direito menos gravosos. Assim, o Direito Penal é considerado a última *ratio*. Acrescenta Nilo Batista²⁴ que

O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes [...], dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático.

Como bem comentou Nilo Batista, tal princípio se destina tanto ao legislador quanto ao intérprete. Este só deve adequar o fato à norma incriminadora quando outros ramos do direito forem insuficientes. Àquele, por sua vez, tal princípio só legitima a criminalização de condutas na legislação se forem realmente necessárias, indispensáveis para tutelar tal bem jurídico.

Neste contexto é que se insere o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal. Fragmentário porque nem todos os bens jurídicos são tutelados pelo Direito Penal, sendo considerado pela doutrina como a última etapa de proteção do bem jurídico. Apregoa o Superior Tribunal de Justiça:

A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.²⁵

A subsidiariedade, por sua vez, revela-se na aplicação do Direito Penal no plano concreto somente quando outros meios disponíveis, porém menos gravosos, não conseguirem proteger o bem jurídico. Em outras palavras, o delito já existe na legislação, todavia o tipo penal não pode ser considerado no caso concreto em face de outros menos lesivos. Sobre o princípio da subsidiariedade, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou:

O julgamento do HC 92.438/PR trouxe novo entendimento do STF, especificamente de sua Segunda Turma, ao determinar o trancamento de ação penal pela suposta prática de crime de descaminho (CP, art. 334), cujo tributo iludido totalizou R\$ 5.118,60. O fundamento da concessão da ordem foi o entendimento segundo o qual **é inadmissível que uma conduta seja**

²⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

²⁵ STJ, **Habeas Corpus n. 50.863/PE**, relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, julgado em 04.04.2006.

irrelevante no âmbito administrativo e não o seja para o Direito Penal, em observância ao princípio da subsidiariedade.²⁶ (*Grifou-se*).

Ratificando as palavras supratecidas, informa Guilherme Nucci²⁷ que “o direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do Direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados”.

c) Princípio da lesividade ou da ofensividade

Na esteira deste princípio, só existe infração penal se houver ao menos perigo (concreto, real e efetivo) capaz de lesionar o bem jurídico. O principal efeito deste princípio é a inconstitucionalidade dos delitos de “perigo abstrato”, pois não há crime sem haver comprovada lesão ou perigo concreto de lesão direcionada ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Outrossim, Fernando Capez diz que a função principal da ofensividade “é a de limitar a pretensão punitiva estatal, de maneira que não pode haver proibição penal sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos”²⁸. Para Nilo Batista, no entanto, o princípio em comento vai além, possuindo quatro funções:

A primeira é a de *proibir a incriminação de uma atitude interna*, refletindo na impossibilidade de pensamentos e desejos restritos à esfera interna do ser humano, ainda que perniciosos a outrem, possam constituir o fundamento de um tipo penal.

A segunda, por sua vez, é a de *proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor*, daí se entendendo que os atos meramente preparatórios não devem ser concebidos como tentativa, porquanto a execução ainda não foi iniciada (art. 14, inciso II, do Código Penal). De igual modo, não pode haver punição para a autolesão, como por exemplo, o suicídio e a automutilação,

²⁶ STJ, **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 928.851/RS**, relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6ª Turma, julgado em 14.10.2008.

²⁷ NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87.

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

vez que malgrado a lesão ao bem jurídico vida, a ofensa não passa da esfera pessoal do agente.

O terceiro postulado, conforme Nilo Batista, é *proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais*, cujo significado é de que não se pode incriminar uma pessoa pelo o que ela é, senão pelo o que ela fez, vedando-se manifestamente o direito penal do autor.

Por fim, a quarta função é proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Parafraseando Zaffaroni, o referido doutrinador assim dispõe:

Como diz Zaffaroni, “não se pode castigar ninguém porque use barba ou deixe de usá-la, porque corte ou não o cabelo, pois com isso não se ofende qualquer bem jurídico, e o direito não pode pretender legitimamente formar cidadãos com ou sem barba, cabeludos ou tonsurados, mais ou menos vestidos, mas tão só cidadãos que não ofendam bem jurídicos alheios.”²⁹

d) Princípio da humanidade

Este princípio do Direito Penal decorre da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inciso III). Assim, ainda que o agente cometa a infração penal, o Estado deve tratá-lo como detentor de direitos, restringindo-se tão somente aquelas garantias não compatíveis com a pena, consoante art. 38 do diploma repressivo, *in verbis*: “*O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral*”.

Não destoam o pensamento de Guilherme Nucci, para quem:

O direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da sociedade, incluindo-se os condenados. Estes não devem ser excluídos, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas.³⁰

e) Princípio da culpabilidade

²⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 94.

³⁰ NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

O princípio da culpabilidade, conquista de um Estado Democrática de Direito, apregoa que ninguém poderá ser considerado culpado se não tiver agido ao menos com dolo ou culpa (culpa em sentido estrito). Logo, o que se pretende evitar é a responsabilidade objetiva do agente.

Para Nilo Batista, o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em Direito Penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade.³¹

Ao lado desses princípios basilares, em que pese comumente não ser citado pelos penalistas, sentimo-nos autorizado em arrolar o *ne bis in idem* como imprescindível princípio-garantia do acusado, mormente em face de seus desdobramentos e significados porquanto, segundo Luiz Régis Prado:

O princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem* constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. Através dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato).³²

Passa-se, então, ao estudo do postulado do *ne bis in idem* cujo significado expressa a necessidade de se extirpar indevidos excessos por parte do Estado na sua prerrogativa do *jus puniendi*.

2.3 Princípio do *ne bis in idem* na dosimetria da pena

Inicialmente, ressalta-se que se equivalem as expressões *ne bis in idem* e *non bis in idem*, ficando ao alvedrio de cada autor qual empregá-la. Neste trabalho utilizaram-se indistintamente as expressões como sinônimas, para evitar incômodas repetições.

³¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 104.

³² PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

O princípio do *ne bis in idem*³³ apresenta três perspectivas/significados para a ciência jurídica, quais sejam: processual, material e execucional. Em síntese, sob a ótica processual, tal princípio revela que ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo crime, isto é, é inadmissível a persecução penal múltipla sob a mesma imputação. No tocante ao aspecto material, apregoa-se que ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo fato. Sob o prisma execucional, por seu turno, entende-se que ninguém pode cumprir pena duas vezes pelo mesmo fato.

Esclarece Luiz Flávio Gomes que mesmo fato significa mesmo réu e mesma causa de pedir, isto é, mesmo fundamento do pedido ou mesmo fato narrado.³⁴

Trata-se de um princípio que além de complementar direitos e garantias individuais busca limitar o “dever estatal de acusar”. Assim,

Cuida-se a proibição de dupla condenação por fato único. A vedação, que se funda em critério de equidade, no direito de liberdade e no devido processo legal, interessa tanto ao Direito Penal quanto ao Processo Penal.

Uma vez imposta e executada a sanção, esgota-se a função da pena, e tal modo que a renovação do apenamento pelo mesmo ato constituiria punição gratuita e infundada, fazendo o Direito Penal instrumento de vingança, e não de Justiça.

Para o STF, muito embora não se trata de princípio explícito em nossa Constituição, sua incorporação ao ordenamento jurídico-penal complementa os direitos e garantias individuais nela previstos, e, mediante interpretação sistemática, chega-se à conclusão de que o direito à liberdade, consagrado expressamente na Lei Maior, quando amparado em coisa julgada material, deve prevalecer sobre o dever estatal de acusar.³⁵

Destaca-se que o devido processo legal possui dois significados. O primeiro, chamado de formal ou procedimental, consiste em observar as regras prefixadas para se aplicar o direito material; o segundo, conhecido por material ou substancial, direciona-se ao legislador e ao intérprete que devem se pautar, substancialmente, de forma escorreita, razoável e adequada. “Portanto, não basta só a boa preleção das normas. É também imprescindível um adequado instrumento

³³ No sistema jurídico norte-americano o princípio em comento é conhecido como *double jeopardy* (risco duplo).

³⁴ GOMES, Luiz Flávio; PABLOS DE MOLINA, Antonio García. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 115, v.2.

³⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; ESTEFAM, André. **Direito Penal Esquemático: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

para sua aplicação, isto é, o processo jurisdicional (*judicial process*).³⁶ Neste prisma, Nestor Távora e Rosmar Alencar concluem que “o processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do Estado, visto como ferramenta de implementação da Constituição Federal, como garantia suprema do *jus libertati*”.³⁷

Consectário do devido processo legal substancial, o princípio do *non bis in idem* é uma garantia fundamental implícita na Carta Magna. Sua cristalização no ordenamento jurídico repousa no Decreto n. 678/1992, o qual agasalha a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Prescreve o art. 8º, n. 4, do referida convenção internacional, *in verbis*:

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Ainda, há de se ressaltar o art. 20 do Estatuto de Roma (recepção pelo Decreto 4.388/2002):

Artigo 20

Ne bis in idem

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Vislumbra-se um terceiro documento internacional que dispõe expressamente sobre tal garantia. É o protocolo n. 7 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Reza o art. 4º, n. 1:

³⁶TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador/BA: Juspodvim, 2013, p. 69.

³⁷TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador/BA: Juspodvim, 2013, p. 69.

Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pela jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a vedação da dupla valoração pelo mesmo objeto encontra respaldo legal no art. 61, *caput*, do Estatuto Repressivo, donde se extrai o comando de que determinadas circunstâncias só agravam a pena quando não constituem ou qualificam o delito. Nas palavras do aludido doutrinador esta regra “deve ser estendida a qualquer circunstância ou característica que fazem parte do tipo, ou deve ser considerada para alterar a escala de penas de maneira especial, isto é, uma circunstância que é valorada para os fins a fixação da pena-base (por fazer parte do tipo), ou que deve ser considerada para uma razão especial, não pode ser tida em conta para uma causa genérica”³⁸.

Nesta mesma linha de raciocínio, salientam os penalistas:

Para aplicar esta mecânica individualizadora, é fundamental ter-se em conta uma regra básica: não se pode desvalorar duplamente, e, muito menos triplamente, uma mesma circunstância, isto é, existe uma proibição de desvalorização plural de circunstâncias.

Aprofundando o tema, Guilherme Nucci anota que o princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato:

Quer dizer que ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal. Tal garantia está prevista, implicitamente, na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 4). Se não há possibilidade de processar novamente quem já foi absolvido, ainda que surjam novas provas (princípio processual da vedação do duplo processo pelo mesmo fato), é lógico que não é admissível punir o agente outra vez pelo mesmo delito.³⁹

Mas, o princípio-garantia em comento revela ainda mais um desdobramento além dos já citados (processual, material e execucional) que é a dupla valoração do mesmo objeto na dosimetria da pena. Deduz-se esta perspectiva da teoria do Garantismo Penal (tendo como expoente Luigi Ferrajoli) e dos princípios basilares do Direito Penal (adotado neste trabalho os ensinamentos de Nilo Batista),

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**. V.1, 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 708.

vez que o Estado-Juiz encontra limites ao punir, não podendo condenar alguém em violação a princípios da Ciência Penal.

Dessa maneira, a dupla valoração sobre o mesmo objeto quer dizer que o julgador não pode emitir um juízo de valor negativo duas vezes sobre determinado elemento do tipo, circunstância, agravante, causa de aumento de pena etc., em fases distintas ao aplicar a pena.

Nos dizeres da doutrina, o magistrado deve proceder do seguinte modo ante os dados penais no caso sob análise: “1) elementar ou qualificadora; 2) majorante ou minorante; 3) agravante ou atenuante; 4) circunstância judicial. Incidindo na hipótese mais próxima, não poderá incidir na mais remota, sob pena de *bis in idem*”.⁴⁰

Assim, por exemplo, não pode o sentenciante reconhecer e valorar como negativa a circunstância judicial dos antecedentes, aumentando-se a pena-base em 1/8 ou 1/6⁴¹ do mínimo legal e, na fixação da pena intermediária ou provisória (2ª fase de aplicação da pena), agravar a pena novamente a pena em patamar de 1/6, ao justificar a reincidência sobre os mesmos fatos dos antecedentes criminais. Veja-se, neste caso, a dupla valoração sobre os antecedentes criminais para aumentar a pena-base e a pena intermediária.

Em que pese a existência de entendimento minoritário, vale registrar que a agravante da reincidência prevista no art. 61, inc. I, do Código Penal, por si só, não constitui *bis in idem*, conforme se manifestou o Supremo Tribunal Federal em 04.04.2013:

STF declara constitucionalidade da reincidência como agravante da pena

Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou nesta quinta-feira (4) que é constitucional a aplicação do instituto da reincidência como agravante da pena em processos criminais (artigo 61, inciso I, do Código Penal). [...].

Argumentos

³⁹ NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89.

⁴⁰ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral**. V.1. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 512.

⁴¹ Em regra, o STJ adota o patamar de 1/8 para cada circunstância judicial desfavorável. O TJ/SC adota o acréscimo de 1/6.

A tese do autor do recurso, representado pela Defensoria Pública, era de que a aplicação da reincidência caracterizaria *bis in idem*, ou seja, o réu seria punido duas vezes pelo mesmo fato.⁴²

Nessa mesma trilha, nos tipos penais culposos, como se verá com mais detalhes, o *bis in idem* não é incomum. Isso porque o tipo penal culposo é aberto e constituído de elementos valorativos que cabem ao magistrado verificar se, de fato, configurou-se o ilícito penal. E, uma vez constatado e fundamentado o motivo da negligência, imprudência ou imperícia do agente, de modo a caracterizar o crime em sua elementar, não poderá sobrevir nas fases subsequentes da dosimetria qualquer valorações negativas decorrentes de fatos inerentes ao tipo penal, ou seja, do descuido ou falta de desatenção do agente que já fundamentaram o tipo penal culposo. É nesse sentido que se combate a causa de aumento de pena decorrente de inobservância de regra técnica de arte, ofício ou profissão, pois não pode a negligência/descuido do agente, por não seguir alguma regra técnica, configurar e fundamentar tanto o homicídio culposo como fazer incidir a majorante sob pena de indesejável *bis in idem*. Porém, esta temática será aprofundada nos próximos dois capítulos do presente trabalho.

De mais a mais, é inaferrível a quantidade de desacertos dos magistrados que ofendem o princípio do *non bis in idem*, vez que a dosimetria penal possui três fases distintas, as circunstâncias judiciais (art. 59 do *Codex* penal), as agravantes/atenuantes (art. 61 do Diploma Repressivo) e as causas de aumento/diminuição de pena (estão espalhadas tanto na parte geral quanto especial do Código de Penal). Desta feita, o juiz deve atentar-se para não considerar algum fato na primeira fase e, em fase posterior, também fundamentar alguma circunstância agravante ou majorante nas mesmas causas e motivos já expostos na sentença.

Assim, o princípio do *non bis in idem* não permite a dupla valorização sobre o mesmo objeto na dosimetria da pena. É dizer, portanto, que o magistrado não pode considerar duas vezes a mesma circunstância negativamente.

⁴² STF, Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>>. Acessado em 07.04.2013.

Discorrendo sobre o princípio da vedação do “bis in idem”, apresenta-se excerto da doutrina de Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Significa que ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo fato. Além disso, por esse princípio, determinada circunstância não pode ser empregada duas vezes em relação ao mesmo crime, quer para agravar, quer para reduzir a pena. Assim, quando alguém comete um homicídio, por motivo fútil, incide a qualificadora o art. 121, § 2º, II, do Código Penal, mas não pode ser aplicada, concomitantemente, a agravante genérica do motivo fútil, prevista no art. 61, II, a. Essa agravante, portanto, será aplicada a outros crimes em que a futilidade da motivação não esteja prevista como qualificadora.⁴³

A fim de se evitar divagações hipotéticas, colaciona-se entendimento do Tribunal da Cidadania:

Também no que se refere aos antecedentes, o acórdão comporta reparos, tendo em vista que não se admite, sob pena de *bis in idem*, a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos da fixação da pena, como verificado na hipótese em apreço.⁴⁴

Mais uma vez. Exemplificadamente, imagine-se que o sentenciante, na análise das circunstâncias judiciais, mas precisamente nas “circunstâncias do crime”, aumente a pena do agente fundamentando que este “organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais”. Em seguida, o togado a agrava a pena do agente levando-se em conta o art. 62, inc. I, do diploma Penal⁴⁵, fundamentando esta segunda punição no mesmo fato já considerado nas circunstâncias do crime. Nesta hipótese, assenta o Superior Tribunal de Justiça que houve flagrante violação ao princípio do *non bis in idem*. Olhe-se:

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma **justa e fundamentada**, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. (*Grifou-se*).

2. Mostra-se indevida a valoração negativa das circunstâncias do crime, já que o mesmo fundamento foi utilizado como agravante, na segunda fase de dosimetria, conforme o disposto no art. 62, inciso I, do Código Penal (agente que “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais”), em ofensa ao princípio do *non bis in idem*.⁴⁶

⁴³ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Sinopse jurídica – Direito Penal: Parte Geral**. 18ª ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁴ STJ, **Habeas Corpus n. 247211/MG**, Ministra Laurita Vaz, 5ª turma, julgado em 04.09.12, publicado no DJe em 14.09.12.

⁴⁵ Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes.

⁴⁶ STJ, **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial (AgRg no ARES) n. 23.429/AM**, Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 19.06.12, publicado no DJe em 28.06.12.

Não se olvide do entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no verbete de n. 241, onde se deixou estreme de dúvidas que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.”

Veja-se outro caso concreto analisado pelo STJ em que o juiz fundamentou o aumento de pena em razão da personalidade, em motivos já expostos na majoração da pena em face dos maus antecedentes:

Mostra-se indevida a valoração negativa da personalidade realizada pelo Juízo sentenciante, já que o mesmo fundamento foi utilizado para a análise desfavorável dos antecedentes do Acusado, em ofensa ao princípio do *non bis in idem*.⁴⁷

Não obstante, impende pontuar outro desacerto dos magistrados. É que ao agravar a pena do réu com base em circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal, há inequívoco *bis in idem* na fundamentação da pena. O Supremo Tribunal Federal, em sede de Habeas Corpus, em um caso de tráfico de drogas, no voto do Min. Ricardo Lewandowski, rejeitou os aumentos de pena impostos pelo MM. Juiz, determinando-lhe nova dosimetria:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES À CONDUTA CRIMINOSA. ORDEM CONCEDIDA.

I – A circunstância judicial – mal causado pelo tóxico – valorada negativamente pelo juízo sentenciante é ínsita à conduta delituosa, incorporada ao próprio tipo penal, não podendo, pois, ser utilizada como elemento hábil a proporcionar a majoração da reprimenda, sob pena de indesejado *bis in idem*.

II – No caso sob exame, o intuito de obter lucro fácil também está contido na conduta de comercializar a droga, de modo que não cabe invocá-lo para o fim de majorar a pena-base, ante a possibilidade de, novamente, incorrer-se em *bis in idem*.

III – Ordem concedida apenas para determinar a realização de nova dosimetria da pena.⁴⁸

Quanto à vedação do duplo processo pelo mesmo crime, muito ligado à coisa julgada e à litispendência, o princípio do *non bis in idem* ganha status de

⁴⁷ STJ, **Habeas Corpus n.184027/MS**, Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 12.06.12, publicado no DJe em 26.06.12.

⁴⁸ STF, **Habeas Corpus n. 114.146/SC**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 16.10.2012, 2ª Turma, publicado em DJe 09.11.2012

direito constitucional implícito, isto porque o Supremo Tribunal Federal o coloca em harmonia com outros direitos, ainda que hajam vícios durante o processo que sejam passíveis de nulidade. Outra vez, assevera a Corte Suprema:

A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do paciente, ainda que prolatada com suposto **vício de incompetência de juízo**, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. (*Grifou-se*).

A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar.⁴⁹

Finalmente, não é incomum a verificação da incidência do princípio do *non bis in idem* no homicídio culposo. O que acontece aqui, que será detalhadamente analisado no último capítulo, é a fundamentação da causa de aumento de pena de 1/3 (um terço) prevista no art. 121, § 4º, do *Codex Penal* com base nas mesmas razões consignadas pelo magistrado para demonstrar a culpa (art. 121, § 3º, do aludido diploma). Isto resulta em diversos recursos (*Habeas Corpus*, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, Recurso Especial, Agravo em Recurso Especial etc.) que ascendem ao Superior Tribunal de Justiça a fim de reformar a decisão vergastada que incorreu em manifesta violação ao princípio do *non bis in idem*. Para ilustrar, veja-se entendimento da Corte Superior acerca do assunto:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. AGRAVAMENTO PELA INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO. NÃO CABIMENTO.

CIRCUNSTÂNCIA DUPLAMENTE CONSIDERADA PARA CONFIGURAÇÃO DO TIPO E DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. BIS IN IDEM.

1. O homicídio culposo é aquele em que o agente produz o resultado morte por ter agido com imprudência, negligência ou imperícia, situando-se a causa de aumento de pena referente à inobservância de regra técnica de profissão no campo da culpabilidade, demonstrando que o comportamento do agente merece uma maior censurabilidade. De toda sorte, não se pode utilizar do mesmo fato para, a um só tempo, tipificar a conduta e, ainda, fazer incidir o aumento de pena, o que consistiria *bis in idem*.

2. Hipótese em que a peça exordial em momento algum esclarece em que consistiu a causa de aumento de pena, apenas se referindo à inobservância de regra técnica como a própria circunstância caracterizadora da negligência do agente. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido para

⁴⁹ STF, **Habeas Corpus n. 86.606**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgamento em 22.05.2007, 1ª Turma, publicado no DJ em 03.08.2007.

excluir da imputação de que ora se cuida a causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 121 do Código Penal.⁵⁰

Ademais, não se pode olvidar que o princípio do *non bis in idem* atinente à dosimetria da pena relaciona-se umbilicalmente com o princípio da motivação, insculpido no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, o qual denota que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, enaltecendo sobremaneira o contraditório e a ampla defesa ao réu. Irretocavelmente, comenta Aury Lopes Jr. que

Motivação das decisões judiciais é uma garantia expressamente prevista no art. 93, IX, da Constituição e é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova. Serve para controle da eficácia do contraditório, e de que exista prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras o devido processo legal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre o dever (garantia) a fundamentação dos atos decisórios.⁵¹

Diante do exposto, é evidente que a aplicação da lei penal ao réu, que tenha o condão de condená-lo, deve ser feita fundamentadamente, de modo que qualquer circunstância desfavorável ao condenado esteja explicitamente motivada no julgado. É aqui que desponta o princípio do *non bis in idem*, porquanto o sentenciante não pode considerar novamente alguma fundamentação já caracterizadora de elementares do tipo, circunstâncias, qualificadoras, causas de aumento etc. Nessa toada, ilustre-se com recente julgado oriundo do Supremo Tribunal Federal:

[...] REITERAÇÃO DELITIVA CONSIDERADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM CARACTERIZADO.

[..].

3. Reiteração da conduta imputada ao Paciente considerada na primeira fase da dosimetria, para a fixação da pena-base, e na terceira fase, com a aplicação da causa de aumento da continuidade delitiva do art. 71 do Código Penal. Bis in idem caracterizado.

4. Ordem parcialmente concedida para determinar que o juízo da 1ª Vara Federal de Guarulhos, Seção Judiciária de São Paulo, refaça a dosimetria

⁵⁰ STJ, **Recurso Ordinária em Habeas Corpus n. 22.557/SP**, Relator Ministro Haroldo Rodrigues, 6ª Turma, julgado em 17.05.11, publicado no DJe em 28.06.11.

⁵¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

da pena do Paciente sem considerar a reiteração delitiva do Paciente em *bis in idem*.⁵² (*Grifou-se*).

Vislumbra-se, nesse sentir, que o magistrado deve proferir um decreto condenatório idôneo, sem ilegalidades, excessos e dupla valorações sobre o mesmo objeto, inclusive traçando a individualização da pena, nos termos do art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna. No entanto, caso prolate um decreto inidôneo, cabe ao réu recorrer ao Tribunal “ad quem”, apontando a falha dosimétrica, e pleitear a reforma do julgado.

3 CULPA NO DIREITO PENAL

Antes de se delinear sobre a dupla valoração acerca do mesmo objeto (*bis in idem*) na dosimetria do homicídio culposo decorrente de inobservância de regra técnica, que será objeto de estudo no próximo capítulo, mister lembrar e frisar alguns pontos importantes do instituto da culpa no Direito Penal.

Ab initio, destaca-se que o crime culposo, segundo a doutrina, é “quando o agente, deixando de observar o cuidado necessário, realiza conduta que produz resultado, não previsto nem querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto e querido, que podia, com a atenção devida, ter evitado”⁵³.

Sob a ótica da corrente finalista, a culpa é considerada elemento normativo da conduta porquanto é necessário valorá-la no caso concreto. Não destoia o entendimento de Fernando Capez, para quem a culpa “é o elemento da conduta. A culpa é assim chamada porque sua verificação necessita de um juízo de valor, sem o qual não se sabe se ela está ou não presente”.⁵⁴

⁵² STF, **Habeas Corpus n.111.706/SP**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, informativo n. 693 de 17/12/12 a 19/12/12.

⁵³ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral**. V.1. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 258.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 230.

Levando-se em conta a teoria do crime sob a forma analítica, Luiz Flávio Gomes preleciona que:

a culpa integra o lado material da tipicidade, ou seja, é valorada dentro do juízo de desaprovação da conduta, onde se analisa se a conduta criou (ou não) um risco proibido relevante. A conduta quando imprudente, negligente ou imperita, cria risco proibido (é desaprovada). Do contrário, não cria risco proibido (não é desaprovada) (em outras palavras: é atípica).⁵⁵

Ainda, relembre-se que a culpa não se confunde com a culpabilidade, vez que a culpa é uma forma de conduta e relaciona-se com o fato típico (doloso ou culposo) ao passo que a culpabilidade concerne ao grau de reprovabilidade da conduta, constatada pelo magistrado na dosimetria da pena, notadamente nas circunstâncias judiciais, consoante previsão no art. 59 do Código Penal.

Além disso, de se observar que, nos termos do parágrafo único do art. 18 do *Codex Repressivo*, a regra é a tipificação da conduta dolosa, excepcionando-se eventual punição a título de culpa, tão somente se houver previsão legal nesse sentido, como ocorre no homicídio e nas lesões corporais, exemplificadamente.

Aquele que age descuidadamente incorre no tipo penal, se houver previsão legal para tanto, ainda que o agente alegue que não tenha a intenção de praticar o crime. A penalização do agente, geralmente com uma previsão legal de pena em abstrato menor do que a pena do tipo penal doloso, se dá em razão da criação, por parte do agente, de um risco não tolerado e não digno de agir de um homem médio cauteloso.

Assim, se o agente dirige com excesso de velocidade e mata uma pessoa, incorre nas sanções do homicídio culposo. Se o agente joga um vaso do sexto andar, sem antes observar se passava lá embaixo algum transeunte, e o machuca, responde por lesão corporal culposa. Ainda, se o funcionário público esquece de fechar as portas do prédio público, e durante à noite, outrem furta o computador da instituição pública, a conduta daquele se amolda, em tese, no crime de peculato culposo nos termos do art. 312 do Código Penal.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio; PABLOS DE MOLINA, Antonio García. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 410, v.2.

3.1 Tipo penal no crime culposo e sua relação com o princípio do *non bis in idem*

O Código Penal Brasileiro assim dispõe sobre o crime culposo:

Art. 18 – Diz o crime:

[..]

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Asseverou-se, como dito outrora, que a regra é o dolo; a culpa, exceção. É o princípio da excepcionalidade do crime culposo. Guilherme Nucci anota que:

Para se punir alguém por delito culposo, é indispensável que a culpa venha expressamente delineada no tipo penal. Trata-se de um dos elementos subjetivos do crime, embora se possa definir a natureza jurídica da culpa como sendo um elemento psicológico-normativo.⁵⁶

Sobre os elementos a culpa, aponta-se os seguintes: a) concentração na análise da conduta voluntária do agente; b) ausência do dever de cuidado objetivo; c) resultado danoso involuntário; d) previsibilidade; e) tipicidade; f) nexo causal.

Consoante Flávio Monteiro de Barros, no delito culposo há juízo de valor da conduta do magistrado ao tipo do delito culposo bem como a adequação mediata com o art. 18 do Código Penal:

Os crimes culposos são tipos abertos, pois a complementação da definição da figura típica depende de um juízo valorativo do magistrado. A tipicidade depende da concretização de todos os elementos do crime culposo, dos quais merecem destaque a violação do dever de cuidado e a previsibilidade objetiva do resultado.⁵⁷

⁵⁶ NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 239.

⁵⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral**. V.1. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 265.

Logo, fazendo-se a aferição da conduta à tipicidade, depreende-se que a conduta decorrente da inobservância de regra técnica caracteriza a elementar do tipo penal, não pode ser valorada negativamente em outra fase.

Assim, não é porque se trata de um tipo penal culposo que o magistrado não deve fundamentar idoneamente a configuração da culpa, é dizer, em que consistiu a conduta do agente para ser considerada desidiosa, imprudente, desleixada etc. a ponto de enquadrá-la no tipo penal, conforme o princípio da motivação, consubstanciado no art. 93, inciso IX, da Lei Maior.

Traçada esta primeira fundamentação do magistrado, gize-se que ela não serve mais como meio hábil para agravar a situação do acusado em face do princípio da dupla punição pelo mesmo fato (“non bis in idem”). É dizer, não pode o sentenciante aumentar a pena, se houver alguma previsão legal, usando-se da mesma motivação para configurar a culpa. Inclusive, é o entendimento do Tribunal da Cidadania, para o qual “não se pode utilizar do mesmo fato para, a um só tempo, tipificar a conduta e, ainda, fazer incidir o aumento de pena, o que consistiria bis in idem.”⁵⁸

E ainda:

[...]. INAPLICABILIDADE. **CIRCUNSTÂNCIA DUPLAMENTE CONSIDERADA** PARA A CONFIGURAÇÃO DO FATO TÍPICO E DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE DE **BIS IN IDEM**. ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. (*grifou-se*).

A mesma circunstância fática não pode ser considerada para a configuração do fato típico e de circunstância majorante, sob pena de configurar *bis in idem*.⁵⁹

Ora, o magistrado deve fundamentar em que consistiu a conduta culposa. Desta forma, há de motivar que no homicídio culposo, por exemplo, o agente ultrapassou em local proibido e matou alguém que dirigia seu veículo em sentido contrário, atingindo-o. Houve, aqui, o descuido do agente, a criação de um

⁵⁸ STJ, **Recurso Ordinária em Habeas Corpus n. 2007/0277953-8**, Relator Ministro Haroldo Rodrigues, julgamento em 17.05.2011, 6ª Turma, publicado no DJ em 28.06.2011.

⁵⁹ STJ, **Habeas Corpus n. 2007/0275988-5**, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 02.12.2008, 5ª Turma, publicado no DJ em 19.12.2008.

risco não tolerado e um resultado involuntário (não desejado pelo agente). Agora, imagina-se que houvesse previsão no Código de Trânsito Brasileiro de uma causa de aumento de pena de 1/3 (um terço) decorrente de ultrapassagem em local não permitido, o juiz não poderia aplicá-la, pois já usou desta fundamentação (ultrapassar em lugar proibido) para caracterizar a culpa do agente, que no caso trata-se da modalidade imprudência. Caso a aplicasse na situação hipotética mencionada, ofenderia o postulado do *non bis in idem*.

3.2 Modalidades de culpa e a inobservância de regra técnica

Objetivamente, as modalidades ou espécies de culpa são a negligência, a imprudência e a imperícia.

Negligência, explica Fernando Capez,

é a culpa na forma omissiva. Consiste em deixar alguém tomar o cuidado devido antes de começar a agir. Ao contrário da imprudência, que ocorre durante a ação, a negligência dá-se sempre antes do início da conduta. Implica, pois, a abstenção de um comportamento que era devido. O negligente deixa de tomar, antes de agir, as cautelas que deveria.⁶⁰

Complementa Guilherme Nucci: “no cenário da negligência, podem ser incluídos os seguintes aspectos: a inobservância de regulamento, de ordem e de disciplina, a frouxidão, a indolência, a omissão, a desídia, a distração, o esquecimento e o sono”.⁶¹

Imprudência, por seu turno, “seria a conduta positiva praticada pelo agente que, por não observar o seu dever de cuidado, causasse o resultado lesivo que lhe era previsível.”⁶² À guisa de ilustração, aduz Rogério Greco que imprudente

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 233.

⁶¹ NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 243.

⁶² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 203.

é o motorista que imprime velocidade excessiva em seu veículo ou que desrespeita um sinal vermelho em um cruzamento.

De outra sorte, a imperícia, no entender de Cleber Masson, ocorre sempre no âmbito de uma função na qual o agente, em que pese autorizado a desempenhá-la, não possui conhecimentos práticos ou teóricos para fazê-la a contento. E arremeta o Promotor de Justiça: toda profissão, arte ou ofício são regidas por princípios e regras que devem ser do conhecimento e do domínio de todos que a elas se dedicam. Se tais pessoas ultrapassarem seus limites, conscientes ou inconscientes de sua incapacidade, violam a lei e respondem pelas consequências.⁶³

Chamada por Guilherme de Souza Nucci de imprudência qualificada, ratifica que a imperícia consiste

na incapacidade, inaptidão, insuficiência ou falta de conhecimento necessário para o exercício de determinado mister, como por exemplo, do médico que deixa de tomar as cautelas devidas de assepsia e anestesia em uma sala de cirurgia, demonstrando sua nítida inaptidão para o exercício profissional, situação que provoca a morte do paciente.⁶⁴

De outro lado, a inobservância de regra técnica compreende o agente dotado das habilidades necessárias para desempenhar a arte, ofício ou profissão, mas por desídia não as observa, como por exemplo, o cardiologista que não segue as regras básicas de uma cirurgia do coração. É o entendimento de Cleber Masson⁶⁵. Para ele, portanto, a inobservância de regra técnica não se confunde com a imperícia (aqui o agente não tem conhecimentos para a atividade).

Não destoam o entendimento da doutrina clássica, conforme magistério de Nelson Hungria, para o qual

a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, que importa agravamento especial, não se confunde com a imperícia, que é uma das modalidades de culpa. Na imperícia, o agente não tem conhecimentos técnicos; na agravante, ao contrário, o agente tem conhecimentos, mas deixa de empregá-lo, por indiferença ou leviandade.⁶⁶

⁶³ MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquemático: Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 279-280.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 243.

⁶⁵ MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquemático: Parte Especial**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 48.

⁶⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 5. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 192.

Esmagadoramente a doutrina aponta que a inobservância de regra técnica não se insere como uma das modalidades de culpa ao lado da negligência, imprudência e imperícia. Ao contrário, a falta de inobservância de regra técnica pelo agente está situada no campo da culpabilidade. Confira-se a inteligência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

[...] situando-se a causa de aumento de pena referente à inobservância de regra técnica de profissão no campo da **culpabilidade**, demonstrando que o comportamento do agente merece uma maior censurabilidade.⁶⁷ (*Grifou-se*).

Em outro julgado, reiterou a Corte da Cidadania:

[...] a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que não se confundem com a inobservância de regra técnica da profissão, que é causa especial de aumento de pena que se situa no campo da **culpabilidade**, por conta do grau de reprovabilidade da conduta concretamente praticada.⁶⁸ (*Grifou-se*).

Em sentido diametralmente oposto, Guilherme Nucci concebe que a inobservância de regra técnica se confunde com a imperícia e, em certos casos, com negligência e imprudência. Dessarte, “aquele que não observa regra técnica obrigatória de sua profissão, arte ou ofício é, sem dúvida, um leviano, um imperito [...]”.⁶⁹

A nosso entender, a inobservância de regra técnica, arte, ofício ou profissão é justamente o conhecimento por parte do agente das regras técnicas que permeiam sua atividade mas que não foram aplicadas pelo agente por descuido, leviandade ou indiferença, como dito por Guilherme Nucci.

Essas regras estão esculpidas em diversos diplomas. Na área trabalhista, o Ministério do Trabalho e Emprego do Governo Federal edita inúmeras Normas Regulamentadoras sobre segurança e saúde de proteção do trabalhador e que devem ser observadas pelo empregador.

⁶⁷ STJ, **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 2007/0277953-8**, Relator Ministro Haroldo Rodrigues, julgamento em 17.05.2011, 6ª Turma, publicado no DJ em 28.06.2011.

⁶⁸ STJ, **Habeas Corpus n. 2007/0275421-6**, Relator Ministra Laurita Vaz, julgamento em 10.06.2008, 5ª Turma, publicado no DJ em 30.06.2008.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 643.

Nessa toada, o engenheiro deve conhecer o código de obras do município, as normas técnicas de fundação etc. O médico, por sua vez, deve conhecer a Resolução nº 1931/09 do Conselho Federal de Medicina, que contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou cargo que ocupem assim como todo o conhecimento necessário para agir em determinada especialidade.

Do exposto, de se ver que a inobservância de regra técnica confunde-se sim com as modalidades de culpa, contrapondo-se, neste ponto, com a doutrina majoritária a qual assenta que a violação à regra técnica está situada no campo da culpabilidade, ganhando-se maior reprovabilidade, não se falando em *bis in idem*. Pelo contrário, é possível concluir que há *bis in idem*, e ainda que a inobservância de regra técnica se conceba como maior reprovabilidade (o agente conhece a regra e não a observa), que o juiz a medisse no campo das circunstâncias judiciais esculpidas no art. 59 do Código Penal, mas que não a aplique duas vezes, uma para configurar o tipo penal culposo e depois para aumentar a pena do réu.

3.3 A inobservância de regra técnica prevista no homicídio culposo

Prescreve o art. 121, §§ 3º e 4º, do Código de Penal, *in verbis*:

Homicídio simples

Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (*um terço*), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício (...).

Em sede de explanação doutrinária, Rogério Greco justifica a existência da majorante, nestes termos:

O aumento da pena deve-se ao fato de que o agente, mesmo tendo os conhecimentos das técnicas exigidas ao exercício de sua profissão, arte ou ofício, não os utiliza por leviandade, sendo maior, portanto, o juízo de reprovação que deve cair sobre seu comportamento.⁷⁰

Explicando o dispositivo, registra Victor Eduardo Rios Gonçalves que

existem milhares de regras técnicas que devem ser observadas para evitar acidentes no desempenho das mais diversas profissões existentes. Somente no Código de Obras, por exemplo, existem centenas delas para a construção civil. Outras inúmeras existem para motoristas, pessoas que operam máquinas, eletricitistas, agricultores, médicos, dentistas, pilotos etc.⁷¹

Em seguida, vislumbra a presente hipótese:

Assim, um engenheiro que determina a construção de um muro sem a sustentação de vigas de modo que, posteriormente, o muro cai sobre alguém, terá sua pena aumentada. O mesmo em relação ao profissional da área médica que, por pressa, não esteriliza o instrumento cirúrgico durante o período de tempo necessário, fazendo com que o paciente submetido à cirurgia morra algum tempo depois em decorrência de infecção. Outro exemplo é o do eletricitista que não desliga a energia da casa onde está trabalhando, provocando a morte de seu ajudante, ou do piloto de helicóptero que não verifica o nível de combustível antes de levantar voo, provocando a queda da aeronave e morte de algum passageiro.⁷²

Ressalta-se, porém, que parte da doutrina critica com veemência tal majorante, a exemplo de Guilherme Nucci e Flávio Monteiro de Barros. Isto porque a intenção do legislador, ao prever a causa de aumento ora estudada, era minimizar os delitos de trânsito cometidos com excesso de velocidade. Dessa forma, o condutor do veículo era considerado imprudente pelo excesso de velocidade, fato a legitimar a conduta do tipo do homicídio culposo, e ao mesmo era incurso na causa de aumento de pena por infringir as regras técnicas de trânsito que impõem ao condutor os limites adequados de velocidade de acordo com as vias públicas.

Asseveram Jefferson Ninno e Jefferson Aparecido Dias que “essa causa de aumento de pena representa um *bis in idem* indevido, uma vez que a

⁷⁰ GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 268.

⁷¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125.

⁷² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125-126.

inobservância de regra técnica é a causa da ocorrência do delito culposo e não pode ser usada, também, para aumentar a pena”.⁷³

Nesse contexto, aponta Guilherme Nucci que esta causa de aumento de pena se confunde com o próprio núcleo da culpa. Sustenta que não pode a mesma conduta ter a dupla função de caracterizar a culpa (art. 121, § 3º, do Código Penal - nas modalidades negligência, imprudência e imperícia) e a majorante (art. 121, § 4º, do aludido diploma penal – por descuido, desídia, etc.) sob pena de *bis in idem*:

Tais situações, em nosso entender, são o fulcro da caracterização da culpa, vale dizer, constituem infrações ao dever objetivo de cuidado objetivo, não podendo, novamente, ser consideradas para agravar a pena. Seria o inconveniente *bis in idem*. Se o médico não esterilizou os instrumentos e isso causou a morte do paciente, trata-se do núcleo da culpa. Se o motorista dirigia com uma das mãos e, por conta disso, atropelou e matou o pedestre, também é esse o centro da culpa. Assim não há aplicabilidade para a causa de aumento.⁷⁴

Pense-se na hipótese de um médico que se omite no atendimento à parturiente, necessitando o feto de cirurgia médica para salvá-lo de uma hemorragia. Entretanto, em razão da negligência, o nascente morre logo em seguida à saída do ventre materno. O médico tem o dever de agir, é garante, e a ele cabe a norma do art. 13 § 2º, do Código Penal que impõe o nexos causal normativo entre sua omissão e o resultado. *In casu*, malgrado o descumprimento de uma importante obrigação do médico, não há como motivar a aplicação da causa de aumento com os mesmos dados penais que caracterizam sua negligência, núcleo da culpa.

No presente caso, o excelso Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de haver ofensa ao princípio do *non bis in idem*, nos termos do voto do Ministro Relator Cezar Peluso:

Causa especial de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do CP. Imputação cumulativa baseada no mesmo fato da culpa. Inadmissibilidade. Majorante excluída da acusação. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 121, §§ 3º e 4º, do CP. A imputação da causa de aumento de pena por inobservância de regra técnica de profissão, objeto do disposto no art. 121, § 4º, do Código Penal, só é

⁷³ NINNO, Jeferson; APARECIDO DIAS, Jeferson (in Alberto Silva Franco (org.)). **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 649).

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 603.

admissível quando fundada na descrição de fato diverso daquele que constitui o núcleo da ação culposa.

[...] é mister a concorrência de duas condutas distintas, uma para fundamentar a culpa, e outra para configurar a majorante.

E a duas, porque o próprio conceito de negligência, enquanto fundamento da culpa imputada às ora pacientes, exige a preexistência de dever de cuidado objetivamente atribuído ao agente. Em outras palavras, só há dever de agir quando haja dever de cuidado, expresso, ou não, em normas regulamentares, até porque a responsabilidade penal da omissão decorre, em última análise, do disposto no art. 13, § 2º, do Código Penal.⁷⁵

Cumprido salientar, finalmente, a divergência doutrinária acerca do equívoco do legislador em alocar a causa de aumento de pena decorrente de inobservância de regra técnica. Isto porque há vozes minoritárias com o intuito de conceber a causa de aumento de pena ora em comento como uma qualificadora do homicídio culposo a fim de afastar o *bis in idem*. É a lição de Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Questão redacional provoca sério questionamento doutrinário e jurisprudencial em torno da causa de aumento em estudo. Com efeito, neste dispositivo prevê a lei que a pena do homicídio culposo será aumentada em um terço “se o crime resulta da inobservância de regra técnica...”. Ora, com essa redação o texto legal estabelece que a morte culposa decorre da própria causa de aumento de pena, gerando contestações em torno de sua aplicabilidade, pois a causa de aumento se confundiria com a própria conduta típica. Sustenta-se que as causas de aumento de pena são circunstâncias extras, que se somam à figura típica básica, para agravar a pena, como na hipótese em que o agente provoca a morte por imprudência e não socorre a vítima (duas circunstâncias distintas). Assim, existe forte argumentação no sentido de que a aplicação da causa de aumento de pena no caso da inobservância de regra técnica constituiria *bis in idem* — de modo que se deve aplicar apenas o tipo penal simples.

E frisa o doutrinador que os aplicadores do direito têm sim a utilizado como qualificadora, asseverando-se tratar de engano legislativo, o que, *data vênia*, não se pode concordar. Confira-se:

Para tentar salvar o dispositivo, parte da doutrina e jurisprudência alegam tratar-se de uma figura qualificada de negligência, tendo havido equívoco do legislador ao tratá-la como causa de aumento,

⁷⁵ STF, **Habeas Corpus n. 95.078-7/RJ**, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 10.03.2009, 2ª Turma, Publicado no DJ em 15.05.2009.

quando, o correto teria sido prevê-la como qualificadora, equívoco que, todavia, não elimina a sua possibilidade de incidência.⁷⁶

Perfilha-se o entendimento, todavia, de que não cabe ao magistrado combinar tipos penais ainda que por equívoco do legislador em face, sobremaneira, do princípio constitucional da separação dos poderes (criação da *lex tertia*) e da legalidade estrita que norteia o Direito Penal. Logo, não se trata de um homicídio qualificado e sim de uma circunstância extra ligada ao tipo penal do § 3º do art. 121 do Código do Penal, é dizer, uma majorante decorrente da culpa:

Não se pode, mediante ato do intérprete, criar figura típica, sob pena de grave e ostensiva violação ao princípio da legalidade penal. Ora, a legislação penal não prevê figura de homicídio culposo qualificado por inobservância de regra técnica.⁷⁷

Sua natureza jurídica é estreme de dúvidas de que se refere a uma causa de aumento de pena. Não se olvide que, em uma qualificadora, o legislador faz a primeira individualização da pena, é dizer, estabelece em abstrato a pena mínima e a máxima, deixando para o juiz, ao observar as diretrizes do art. 59 do Código Penal, cominar a pena-base mais adequada para prevenção e reprovação do delito. A causa de aumento, pelo contrário, pode ter um patamar fixo ou um patamar variável de penal, como ocorre com o § 4º, do art. 121, do Estatuto Repressivo.

4 BIS IN IDEM: INAPLICABILIDADE DO ART. 121, § 4º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL

Em tese, o Direito Penal brasileiro atravessa, ou ao menos busca, uma fase garantista, isto é, o aclamo ao devido respeito às garantias constitucionais, penais e processuais penais. Não por acaso, a reforma de julgados, inclusive a concessão de ordens de *Habeas Corpus* de ofício, são encaminhados aos órgãos

⁷⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.126.

jurisdicionais “ad quo” para que soltem o réu, tranquem a ação penal, reformem julgados, extirpem valorações negativas inerentes ao tipo penal, desconsiderem dados penais ensejadores de *bis in idem* etc.

De se notar, neste trilhar, a constante aplicação do princípio da insignificância pelos julgadores que não se contentam apenas em subsumir a conduta do agente ao tipo penal incriminador (tipicidade formal), exigindo também a lesão ao bem jurídico tutelado (tipicidade material). De igual maneira, verifica-se a aplicação da vedação ao princípio do *bis in idem*, seja qual for seu desdobramento (material, processual, execucional, dosimétrico). Nesse sentir, atente-se ao recente julgado oriundo do Tribunal da Cidadania cuja decisão determinou o trancamento da ação penal por vislumbrar ofensa ao *bis in idem* processual, já que o agente estava sendo julgado novamente pelos mesmos fatos:

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, concedeu habeas corpus para cassar sentença de juízo federal que condenou um delegado que já havia sido indiciado pelos mesmos fatos perante a Justiça estadual.

O relator do caso, ministro Marco Aurélio Bellizze, destacou que ninguém pode ser processado duas vezes pelos mesmos fatos, sob pena de indevido *bis in idem*. “Assim, não podem subsistir dois processos iguais, quer simultaneamente, quer sucessivamente, cabendo, nesses casos, exceção de litispendência e de coisa julgada, respectivamente”, explicou.

Após analisar o caso, o ministro constatou que os processos trazem os mesmos réus, mesmas vítimas e mesma data, concluindo que se trata dos mesmos fatos. Assim, a Turma concedeu a ordem para cassar a sentença condenatória.⁷⁸

Diante desse panorama, fincado em um Estado Democrático de Direito, hialino visualizar o comprometimento dos julgadores brasileiros na aplicação da lei penal. A dosimetria da pena, nesta conjectura, tem de ser realizada com cautela e respeito absoluto aos princípios constitucionais e penais. Repita-se, novamente, que não se pode, por exemplo, usar a mesma condenação pretérita tanto para valorar negativamente os antecedentes nas circunstâncias judiciais, primeira fase dosimétrica, quanto para agravá-la como reincidência, na segunda fase da pena.

⁷⁷ STF, **Habeas Corpus n. 95.078-7/RJ**, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 10.03.2009, 2ª Turma, Publicado no DJ em 15.05.2009.

⁷⁸ Notícia disponível no sítio do Superior Tribunal de Justiça neste endereço: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109814>. Acesso em 30.05.2013.

No que tange ao artigo 121, parágrafo quarto, primeira parte, do Código Penal, anota-se a inaplicabilidade dessa agravante em face do princípio implícito constitucional do *non bis in idem*. Isso porque ninguém pode, ao ser julgado na seara penal, ter considerado pelo Estado-Juiz dois fatos para piorar a sua situação.

O magistrado ao enquadrar a conduta do agente no tipo penal do art. 121, § 3º, do Código Penal, deve fundamentar por qual razão a conduta do agente foi considerada culposa, isto é, como ele quebrou um dever objetivo de cuidado em algumas das modalidades de culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Até este momento a estrita legalidade está consubstanciada. Todavia, na última fase dosimétrica ao dizer que a conduta do médico/motorista/engenheiro etc. não observou regras técnicas porque foi imprudente, negligente, descuidado, estritamente confiante, a sua fundamentação não destoa daquela já existente para explicar a culpa.

Ora, a falta de seguimento da regra técnica pelo agente decorreu da negligência/imprudência já verificada na primeira fase de fundamentação da culpa. Não sem motivo a doutrina insurge-se contra este dispositivo, declarando-o inaplicável.

Não obstante este primeiro argumento, verifica-se um segundo. É que alguns doutrinadores e a própria jurisprudência anotam que não há que se misturar as modalidades de culpa com a falta de observância técnica, situando-se esse maior gravame no campo da culpabilidade. No entanto, ainda que se adote esta linha de raciocínio, tal argumento não faz sentido. Explica-se: há um equívoco de mensuração da culpa - concebida aqui como reprovabilidade - entre aquele que é considerado imperito (não incidiria a agravante) e aquele que é visto como um inobservador de regra técnica (incidiria a agravante), conforme delineado no próximo tópico.

4.1 A desmedida mensuração do desvalor da conduta entre o imperito e o inobservador de regra técnica

Inicialmente, relembra-se a diferenciação proposta pela doutrina tradicional entre o imperito e o inobservador de regra técnica. Assim, o imperito é aquele que desconhece as regras técnicas da atividade, não estando apto a agir. O inobservador de regra técnica, por sua vez, é aquele que tem habilidades para agir, mas não emprega as regras técnicas necessárias.

Assinala Cléber Masson:

Essa inobservância regulamentar não se confunde com imperícia. Nesta, o sujeito não reúne conhecimentos teóricos ou práticos para o exercício de arte, profissão ou ofício (exemplo: médico ortopedista que mata o paciente ao efetuar uma cirurgia cardíaca), enquanto naquela o agente é dotado das habilidades necessárias para o desempenho da atividade, mas por desídia não as observa (exemplo: cardiologista que não segue as regras básicas de uma cirurgia do coração).⁷⁹

Sublinha-se novamente a lição de Nelson Hungria:

A inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, que importa agravamento especial, não se confunde com a imperícia, que é uma das modalidades de culpa. Na imperícia, o agente não tem conhecimentos técnicos; na agravante, ao contrário, o agente tem conhecimentos, mas deixa de empregá-lo, por indiferença ou leviandade.⁸⁰

Para corroborar tal tese, a qual diferencia a inobservância de regra técnica decorrente de profissão, arte ou ofício, arremata Damásio de Jesus:

Em primeiro lugar, qualifica o homicídio culposo a circunstância de o fato ter sido praticado pelo sujeito com inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Ex.: o engenheiro, na condução de uma obra, deixando de observar regra técnica, causa a morte de um operário. Não se confunde com a imperícia, que indica inabilidade de ordem profissional, insuficiência de capacidade técnica. Na qualificadora o sujeito tem conhecimento da regra técnica, mas não a observa.⁸¹

⁷⁹ MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 48.

⁸⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 5. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979 p. 192.

⁸¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal - Parte Especial**. v. 2. Ed. 22ª. São Paulo: Saraiva, 1999.

No entanto, constata-se um grande equívoco em agravar a pena do inobservador de regra técnica decorrente do art. 121, § 4º, do Código Penal. Visto sob o prisma do desvalor da conduta, ou seja, quem merece maior reprovabilidade, o imperito é quem deveria sofrer maior reprimenda em relação ao inobservador de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

Imagina-se um engenheiro civil que constrói uma casa sem observar as regras técnicas decorrentes de sua profissão, as quais ele conhece, de modo que, por leviandade, erra sobre cálculos que sustentam as vigas da obra, a qual vem abaixo e mata alguém. Por outro lado, pense-se em um engenheiro civil que não tem especialidades suficientes para arquitetar a elétrica de uma casa, e desconhecendo as regras técnicas, calcula mal a voltagem dos terminais, e outrem vem a óbito ao receber uma descarga elétrica por superaquecimento.

Destaca-se que a reprovabilidade da conduta do imperito é muito maior do que o primeiro (inobservador de regra). Assim, não há razão lógica para incidir tal agravante ao engenheiro que detinha conhecimentos suficientes para realizar a obra, mas que por imprudência não as observou, ao passo que o engenheiro leviano que não tinha especialidades para desenvolver a estrutura elétrica da casa, acabando por matar alguém, não incide a majorante prevista no § 4º, do art. 121, do Código Repressivo, o que resulta em plena desproporcionalidade dessa norma penal.

Demais disso, parte da doutrina não pensa diferente. Refutando a incidência dessa causa de aumento de pena (um terço de pena), Flávio Augusto Monteiro de Barros comenta acerca dessa acentuada valoração negativa à conduta daquele que não segue regra técnica quando comparado à conduta do imperito. Assinala o doutrinador:

Se o médico especialista em cirurgia cardíaca, por descuido, corta um nervo do paciente, causando-lhe a morte, está configurada a agravante, pois ele tinha o conhecimento técnico, mas não o observou. Entretanto, se a cirurgia fosse feita por um médico não especialista, sem a necessária habilidade, que cortasse o mesmo nervo, teríamos uma simples imperícia.⁸²

⁸² BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 40.

Portanto, vê-se nitidamente o equívoco de reprovabilidade proposta pelo legislador penal. Mesmo que não se entenda pelo evidente *bis in idem* (a falta de dever de cuidado para caracterizar a culpa é a mesma para fundamentar a majorante), é forçoso concluir que a reprimenda maior deveria ser para aquele que não tem os conhecimentos necessários para a agir e não para o agente que, muito embora também tenha agido com desleixo, detém conhecimentos para agir.

Em análise ao caso em tela supracitado, fortalece nosso pensamento Guilherme Nucci:

Ora, não se pode aceitar tal postura, pois o desvalor da conduta do primeiro médico é muito menor do que a do segundo, mas a penalidade do primeiro torna-se maior, além do fato de ter “cortado o nervo por descuido”, antes de se constituir em causa de aumento, serve para configurar a culpa (não fosse assim, qual teria sido a imprudência, negligência ou imperícia do médico?). O médico especialista que cortou um nervo, por descuido, mas tinha condições técnicas de realizar a cirurgia recebe a pena aumentada em terço, enquanto o outro médico aventureiro e inexperiente, porque não habilitado para proceder à intervenção cirúrgica no coração, recebe a pena do homicídio culposo sem qualquer aumento.⁸³

Em seguida, conclui:

A situação não se coaduna com o fundamento da lei, pois o primeiro médico, ao se descuidar de modo a configurar erro grosseiro (e não um simples erro médico, que não é punido penalmente), demonstrou sua imperícia, justamente por não observar o que a regra de sua profissão demandava. O outro profissional, por sua vez, também foi imperito, porque lançou-se a uma cirurgia para a qual não estava preparado, o que também configura erro grosseiro e tipifica a culpa, na modalidade imperícia.⁸⁴

Nesse sentido, malgrado a doutrina e a jurisprudência majoritárias vejam maior reprovabilidade da conduta e que, por isso, merecia o *plus* da causa de aumento de pena de 1/3 (um terço) em face da inobservância de regra técnica, esta tese, a nosso ver, não prospera.

A uma porque essa causa de aumento de pena foi editada pelo legislador em razão das inúmeras imprudências do motorista ao volante que só incorriam no homicídio culposo com pena de 1 – 3 (um a três) anos à míngua de um

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 602-603.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 603.

Código de Trânsito à época que tipificasse o delito, o que só ocorreu com o advento da Lei n. 9.503/97 que instituiu o CTB, cominando a pena de 2 – 4 (dois a quatro) anos ao homicídio culposo em direção de veículo automotor.

A duas porque a maior reprovabilidade da conduta deve recair sobre aquele que não tem os conhecimentos técnicos necessários para agir (*vebia grata*: engenheiro civil que não conhece as normas técnicas de fundação, mas mesmo assim constrói prédio que futuramente desaba) àquele que detém os conhecimentos técnicos mas não os emprega (engenheiro que conhece as normas técnicas de fundação, mas que por leviandade não as segue, vindo a desmoronar a estrutura). Portanto, indubitavelmente, o desvalor da conduta no primeiro caso é maior do que a segunda. No entanto, a causa de aumento de 1/3 (um terço) da pena decorrente de inobservância de regra técnica (art. 121, § 4º, do Código Repressivo), se fosse aplicada, só restaria possível ao segundo, o que acarreta evidente desproporcionalidade de censura.

4.2 A dosimetria da pena do art. 121, § 4º, do Código Penal: atecnica e motivação inidônea

A aplicação da pena, consubstanciada na sentença, exige uma técnica apurada. Conferidos os pressupostos de sua aplicação: tipicidade, ilicitude e a culpabilidade, cujo conteúdo é exposto na fundamentação da sentença, passe-se à dosagem da pena.

Nos termos do art. 68 do Código Penal, infere-se que o sistema pátrio adotou o critério trifásico, capitaneado por Nelson Hungria. Urge lembrar que na primeira fase o juiz deve fixar as circunstâncias judiciais, com supedâneo no art. 59 do *Códex* mencionado. Em seguida, deve estipular a pena intermediária através do exame das agravantes e atenuantes. Na derradeira fase, deve considerar as causas de diminuição e aumento de pena, sempre evitando dupla valoração sobre o mesmo objeto.

Lembrado esses fatores, importante lição se faz entre elementares e circunstâncias. Estas são dados extras que se referem a um maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta, aumentando ou diminuindo a pena, ao passo que aquela alude à própria definição do tipo penal. Para se evitar as duplas valorações, adota-se o critério da exclusão. Ensina Flávio Monteiro de Barros que este método

é o que melhor diferencia a elementar da circunstância. Com efeito, se a eliminação do dado penal provocar a inexistência do crime ou sua desclassificação para outro de espécie diferente, estaremos diante de uma elementar. Se, porém, malgrado a exclusão do dado penal, o delito permanecer o mesmo, alterando-se tão só sua pena, trata-se de mera circunstância.⁸⁵

Assim, “de modo geral, as elementares encontram-se previstas no *caput* do artigo que define a conduta criminosa, ao passo que as circunstâncias situam-se nos respectivos parágrafos. Noutras palavras, no tipo penal fundamental concentram-se as elementares, e nos tipos derivados, as circunstâncias”⁸⁶

Entendendo da mesma forma, apregoa Guilherme Nucci que:

O crime é formado, sem exceção, pelos elementos componentes do tipo básico (elementares); faltando um só deles, altera-se a figura típica ou não haverá delito. Exemplo: o furto (art. 155, *caput*, CP) exige, sempre, “a subtração” de “coisa”, “alheia”, “móvel”, “para si ou para outrem”. Um desses elementos que falte elimina a ocorrência do crime. Porém, possível é que o furto ocorra em circunstâncias específicas, ou seja, de particular maneira. O tipo derivado compõe-se, portanto, as circunstâncias do delito (qualificadoras, privilégios, causas de aumento e diminuição). Exemplo: provando-se que houve arrombamento para o agente atingir a coisa, qualifica-se o furto. Se afastarmos o arrombamento, continua a existir furto, embora na forma simples.⁸⁷

Trazendo o presente ensinamento ao homicídio culposo, se houver uma conduta desidiosa, seja de quem for (médico, engenheiro, empregador etc.), mesmo que não siga a técnica exigível na atividade, ocasionando sem intenção a morte de outrem, tal conduta é a razão pela qual se caracterizam os elementos do tipo penal culposo (art. 121, § 3º, do Código Penal), tanto que, se inexistir esta conduta descuidosa, não há crime, pois impossível enxergar as elementares do tipo

⁸⁵ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral**. V.1. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 508.

⁸⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral**. V.1. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 509.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.455-456.

(necessidade de conduta sem zelo e cautela para se falar em culpa). Logo, a conduta em questão não pode ser usada para configurar o aumento de pena, mas tão somente para demonstrar a elementar da figura típica do homicídio culposo, já que, como visto acima, se desaparecer o motivo de uma causa de aumento de pena (circunstância) deve subsistir ainda o delito na sua forma básica, o que não ocorre *in casu*.

De outra banda, impende ressaltar que sentença prolatada pelo órgão julgador, quando o agente está incurso no art. 121, § 4º, do Código Repressivo, não tem sido das melhores. O objetivo do presente trabalho é demonstrar o evidente e inaceitável *bis in idem* decorrente da inobservância de regra técnica no homicídio culposo. Sem arredar da doutrina, vislumbra-se a ocorrência dessa dupla punição, de modo hialino no *decisium*, isto é, na dosimetria da sentença ou acórdão.

Inicialmente, frise-se que quanto à atecnica da natureza jurídica da majorante, os julgadores tratam-na como uma qualificadora, o que é, *data vênia*, um equívoco. O *nonem iuris* ou rubrica onde a majorante se encontra é expreso e destaca “**Aumento de pena**”. As qualificadoras, por seu turno, situam-se no § 2º do artigo em comento, havendo clara e distinta separação. Sublinha-se que para uma norma penal ter natureza jurídica de qualificadora é necessária a cominação abstrata de pena, isto é, a estipulação do seu preceito secundário (ex. *pena - reclusão, de doze a trinta anos*), o que não se vislumbra no preceito penal do § 4º do artigo analisado. Para melhor compreensão do estudo, confira-se a estrutura integral do art. 121 do *Códex repressivo*:

Homicídio simples

Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

Na visão de Damásio de Jesus a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício é figura típica do homicídio culposo *qualificado*. Veja-se o presente trecho:

Não se confunde com a imperícia, que indica inabilidade de ordem profissional, insuficiência de capacidade técnica. Na **qualificadora** o sujeito tem conhecimento em regra técnica, mas não a observa⁸⁸. (*Grifou-se*).

Em julgado do ano de 2012, oriundo do Tribunal de Justiça Catarinense, vislumbra-se atecnica em considerar a causa de aumento de pena decorrente de inobservância de regra técnica como qualificadora.

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO MAJORADO PELA INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO (ART. 121, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGLIGÊNCIA DO EMPREGADOR QUE NÃO OBSERVOU AS REGRAS

⁸⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte especial**. V. 2. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

MÍNIMAS DE SEGURANÇA NO TRABALHO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DEVIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

O acidente no âmbito de trabalho, decorrente de descarga elétrica, quer pelo manuseio inapropriado (por falta de treinamento), quer pela ausência de equipamento de segurança, é fato típico, e por ele responde o responsável pela empresa. Na espécie, trata-se de homicídio decorrente de descarga elétrica, em face da locomoção descuidada de equipamento elétrico (esteira para transporte de cebolas).

No plano fático, o Ministério Público denunciou o apelante porque a vítima, juntamente com seu colega de trabalho, foram movimentar a esteira elétrica para carregar cebolas até um caminhão, ocasião em que um dos fios de alta tensão se rompeu em uma caixa branca existente no final da esteira, ocasionando uma descarga elétrica no equipamento.

O Ministério Público alegou que o **fato somente ocorreu em virtude da negligência do apelante**, o qual, **na qualidade de proprietário e administrador, não observou as condições mínimas de segurança do trabalho**, sendo fator determinante para o evento morte da vítima.

É devida a causa de aumento de pena, prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, pelo fato do apelante ser o **proprietário da empresa e o responsável pelo trabalho dos funcionários**, merecendo, desta forma, **maior censurabilidade** acerca de seu comportamento negligente..

No mais, veja-se a **incidência da qualificadora** exige o desrespeito de norma de ordem técnica - é o ponto em que o tipo difere na negligência que orienta o tipo simples de homicídio culposo. Nesse passo, observo que a Norma Regulamentadora n.º 31, do Ministério do Trabalho e Emprego "*estabelecer os preceitos a serem observados na organização e no ambiente de trabalho, de forma a tornar compatível o planejamento e o desenvolvimento das atividades da agricultura, pecuária, silvicultura, exploração florestal e aquicultura com a segurança e saúde e meio ambiente do trabalho*".

Portanto, restou claro que o apelante agiu efetivamente com culpa na modalidade de **negligência**, tendo em vista que não teve o cuidado e/ou preocupação com a segurança e com o meio ambiente do trabalho, ou seja, poderia ter evitado o ocorrido se tivesse agido com mais cautela, justificando a imposição da pena **pelo tipo qualificado**.⁸⁹ (*Grifou-se*).

Ademais, aqueles que entendem pela inocorrência do *bis in idem*, sustentam tratar de uma qualificadora justamente para tentar legitimá-la, pois ao subsumir o fato a um possível tipo penal qualificado de inobservância de regra técnica, não se precisaria fundamentar duas condutas, uma no sentido de demonstrar a culpa e outra para motivar a causa de aumento de pena. Nas palavras de Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Questão redacional provoca sério questionamento doutrinário e jurisprudencial em torno da causa de aumento em estudo. Com efeito, neste dispositivo prevê a lei que a pena do homicídio culposo será aumentada em um terço "se o crime resulta da inobservância de regra técnica...". Ora, com

⁸⁹ TJ/SC, **Apelação Criminal n. 2011.098272-0**, Relator: Ricardo Roesler, 2ª Câmara Criminal, julgado em 25.09.2012.

essa redação o texto legal estabelece que a morte culposa decorre da própria causa de aumento de pena, gerando contestações em torno de sua aplicabilidade, pois a causa de aumento se confundiria com a própria conduta típica. Sustentase que as causas de aumento de pena são circunstâncias extras, que se somam à figura típica básica, para agravar a pena, como na hipótese em que o agente provoca a morte por imprudência e não socorre a vítima (duas circunstâncias distintas). Assim, existe forte argumentação no sentido de que a aplicação da causa de aumento de pena no caso da inobservância de regra técnica constituiria bis in idem — de modo que se deve aplicar apenas o tipo penal simples.

Para tentar salvar o dispositivo, parte da doutrina e jurisprudência alegam tratar-se de uma figura qualificada de negligência, tendo havido equívoco do legislador ao tratá-la como causa de aumento, quando, o correto teria sido prevê-la como qualificadora, equívoco que, todavia, não elimina a sua possibilidade de incidência.⁹⁰ (*Grifou-se*).

Voltando-se ao acórdão da Corte Catarinense, não se pode deixar de sinalizar a motivação inidônea que incorreu o réu no tocante à majorante. Aponta-se o deslize do raciocínio jurídico.

Para dar o réu como incurso nas sanções art. 121, § 3º, do diploma penal (homicídio culposo), o relator justificou a negligência, em síntese, pelo fato de o agente ser o proprietário da empresa, e que diante disso, deveria seguir todas as normas técnicas de segurança para que seus empregados manuseassem a máquina. No entanto, a vítima/empregado sofreu uma descarga elétrica numa esteira de transporte para cebolas.

Na terceira fase de aplicação da pena, a Câmara Criminal confirmou a causa de aumento de pena decorrente de inobservância de regra técnica (Norma Regulamentadora n.º 31, do Ministério do Trabalho e Emprego), argumentando que o réu não seguiu a orientação normativa acima, não tendo por isso o cuidado com a segurança do meio ambiente do trabalho em que seus empregados eram submetidos. Nessa mesma esteira, argumenta que a conduta do réu merece maior reprovabilidade, justificando a majorante (o que é dita no julgado como qualificadora). Ora, isso é inadmissível.

⁹⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.126.

Que merece maior reprovabilidade a conduta do réu, disso não há dúvida. Mas, então, que o julgador considere essa reprovabilidade no campo da culpabilidade, isto é, na primeira fase de dosimetria da pena.

O argumento carreado ao acórdão para dar ensejo à incidência do aumento de pena (art. 121, § 4º, do Código Penal), é praticamente o mesmo para caracterizar o núcleo da culpa, que *in casu*, tratou-se de negligência do empregador. Se se afastasse esta conduta de inobservância de regra técnica, não haveria crime, pois não há outra conduta desidiosa que configure a elementar do tipo. É evidente, por conseguinte, a violação do princípio do *non bis in idem*.

Não se esqueça, ainda, do exemplo clássico do médico que pensando já estar esterilizado o bisturi, o utiliza antes de uma cirurgia aparentemente tranquila. Todavia, o bisturi, contaminado de bactérias, rendem ao paciente infecções que se agravam, ocasionando sua morte. Note que o médico incorreu em culpa, pois não quis matar o agente (dolo direto) tampouco assumiu o risco de produzir o resultado (dolo indireto, pois aqui o resultado teria que ser um indiferente penal ao agente).

Outrossim, estão todos os outros elementos que caracterizam o homicídio culposo previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal, porquanto verifica-se a conduta voluntária do agente (livre e consciente), a ausência do dever de cuidado objetivo, o resultado danoso involuntário, a previsibilidade, a tipicidade, o nexo causal e o resultado.

Nesse cenário, o médico deve responder tão somente por homicídio culposo sem a causa de aumento de pena decorre de inobservância de regra técnica, pois apesar de o médico deter os conhecimentos necessários para praticar a cirurgia, assim o não procedeu, visto que deveria, antes de iniciar a cirurgia, como de praxe, esterilizar o bisturi. Contudo, tal causa de aumento de pena, prevista no parágrafo quarto, primeira parte, da Lei Penal, não merece incidir face o princípio da vedação ao *bis in idem*.

De modo que “esse comportamento, no entanto, está na generalidade dos casos - art. 121, § 3º, do Código Penal -, não sendo possível considerar a

inobservância de regra técnica de profissão de forma bivalente - ora modo de culpa, ora causa de aumento”⁹¹ sob pena de se ter uma sentença inadequada, injusta e de encontro à garantia do devido processo legal substancial.

4.3 A inaplicação da majorante: *bis in idem* nos fundamentos para configurar a culpa e agravar a pena

Como é sabido, malgrado o Direito seja uno e indivisível, esta ciência possui, para fins sobremaneira didáticos, ramificações que se consubstanciam no Direito Penal, Direito Civil, Direito Constitucional etc.

Assim, o Direito Penal agrega princípios próprios, regras específicas, institutos ímpares, como lhe é peculiar. Nessa toada, os princípios penais revelam e constituem verdadeiro escudo contra as arbitrariedades do Estado, é dizer, são garantias asseguradas aos indivíduos frente ao *jus puniendi* estatal. Relembra-se, ainda, que os princípios também têm o condão de irradiar-se sobre toda a ordem jurídica, informando ao legislador o seu respeito na criação de novas regras. Entendemos, por conseguinte, que o princípio carrega um valor cuja violação acarreta subversão ao sistema jurídico em que está situado.

Sobre a importância e função dos princípios ao ordenamento jurídico, é pertinente a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.⁹²

De se observar que a violação a princípios jurídicos é muito mais acentuada do que a transgressão a regras jurídicas:

⁹¹ STJ, voto vencido do Relator Marco Aurélio Bellizze, no **Habeas Corpus n. 181847/MS**.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53.

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁹³

Nesse contexto, dentro da Ciência Penal, é que desponta o princípio do *non bis in idem*. Pontua-se que “o princípio em comento estabelece, em primeiro plano, que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração penal. Mas não é só. A partir de uma compreensão mais ampla deste princípio, desenvolveu-se o gradativo aumento da sua importância. Hodiernamente, uma das suas mais relevantes funções é a de balizar a operação de dosimetria (cálculo) da pena, realizada pelo magistrado”.⁹⁴

A vedação ao *bis in idem* na aplicação da penal deve ser observado com cuidado e zelo pelo sentenciante pois pode passar despercebida a dupla valoração sobre o mesmo objeto. Não se tolera, dessa forma, a consideração de determinada circunstância fática para caracterizar tanto o tipo penal quanto a causa de aumento de pena. Nesse sentido é a ensinância doutrinária:

O legislador volta a preocupar-se com o tema no art. 61, caput, do CP, ao dispor sobre as agravantes genéricas, estatuidando que elas são circunstâncias obrigatórias, salvo quando constituem ou qualificam do delito forja-se daí uma regra geral norteadora da aplicação judicial da pena, segundo o qual é lícito ao magistrado sentenciante valorar o mesmo dado concreto uma única vez durante a dosimetria.

Assim, v.g., se o agente comete um homicídio contra uma vítima de 10 anos, a pouca idade do ofendido será levada em conta como causa de aumento de pena (art. 121, § 4º, parte final), e não como agravante (art. 61, II, h); caso contrário, utilizar-se-ia a mesma circunstância duas vezes, uma como agravante e outra como causa de aumento de pena.⁹⁵ (*Sublinhou-se*).

Assim, na fixação da pena-base, observando-se os parâmetros do art. 59 do Código Penal, não se olvide que os excessos configuram ilegalidade e, no mais, ofendem a teoria garantista, onde as regras processuais e penais em favor do

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53.

⁹⁴ JORIO, Israel Domingos. **Princípio do "non bis in idem": uma releitura à luz do direito penal constitucionalizado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set.2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8884>>. Acesso em: 30 dez. 2012.

⁹⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; ESTEFAM, André. **Direito Penal Esquemático: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

réu devem ser respeitadas a rigor. Deste modo, deve-se respeitar a garantia da proibição da dupla valoração, realizando-se uma operação lógica de exclusão:

Uma elementar ou qualificadora não pode ser utilizada para fixar a pena-base acima do mínimo, porque já são utilizadas para adequação típica. Assim, no delito de peculato, a qualidade de funcionário público não pode exasperar a pena, porquanto integra o tipo penal. Outro exemplo: a conduta grosseira do acusado é elemento do tipo penal de resistência e, por isso, não pode influenciar na dosagem da pena-base.⁹⁶

Com efeito, a aplicação do art. 121, § 4º, do Código Penal não tem sido o melhor caminho, pois afronta o princípio do *non bis in idem*, valorando negativamente a mesma conduta a fim de impingir ao réu o aumento 1/3 (um terço) de pena.

A doutrina, com o intuito de legitimar a majorante, explica que a inobervância de regra técnica no homicídio culposo não se confunde com as modalidades da culpa (negligência, imprudência ou imperícia), pois na inobervância de regra técnica se pressupõe que o agente detém as técnicas, tem ciência delas, mas não as aplica, ao passo que nas espécies de culpa o sujeito ativo não tem o conhecimento das normas técnicas. Sustentando esta tese, obtempera Rogério Greco que

O aumento da pena deve-se ao fato de que o agente, mesmo tendo os conhecimentos das técnicas exigidas ao exercício de sua profissão, arte ou ofício, não os utiliza por leviandade, sendo maior, portanto, o juízo de reprovação que deve cair sobre seu comportamento.⁹⁷

Não é outro o discurso de Cezar Roberto Bitencourt, para quem

A imperícia é modalidade ou espécie de culpa, que se localiza na topologia estrutural do crime culposo, isto é, no tipo penal. Já a inobservância de regra técnica importa em maior reprovabilidade da conduta, seja qual for a modalidade de culpa. Situa-se, portanto, na culpabilidade, graduando a reprovabilidade da conduta praticada. Daí a distinção que se estabelece entre a imprudência ou imperícia e a inobservância de regra técnica.⁹⁸

⁹⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral**. V.1. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 512.

⁹⁷ GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 268.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial**. 9ª ed. V.2. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85.

Afirma este doutrinador que “qualquer que seja a modalidade de culpa – imprudência, negligência ou imperícia -, permite a majoração da punição do autor pelo *plus* decorrente de especial reprovabilidade do agir *descuidado*”⁹⁹.

Contudo, refuta-se este entendimento, pois a culpa (*descuido*) se confunde com a própria inobservância da regra técnica, não havendo *circunstância diferenciada* para agasalhar o aumento da sanção. De mais a mais, os exemplos apontados pela doutrina são pífios e inaceitáveis. Tanto o médico que não esteriliza devidamente os instrumentos os quais serão usados na cirurgia, ou ainda, o motorista que dirige apenas com uma das mãos ao volante, como ilustrado por Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini¹⁰⁰, não merecem o *plus* de 1/3 (um terço) da pena. Isto porque a inobservância de normas médicas ou de direção, respectivamente no primeiro e segundo exemplo, já caracteriza a subsunção do fato ao núcleo da culpa não podendo haver nova punição pelo mesmo motivo sob pena de *bis in idem*.

Outro exemplo recorrente na doutrina, digno de rechaço, é o engenheiro que, ao realizar uma obra, deixa de observar norma técnica, causando a morte de um operário. É a ilustração de Damásio de Jesus¹⁰¹. Com efeito, explica-se que o engenheiro não pode sofrer a majorante prevista no 121, § 4º, do *Códex Penal*, já que a negligência daquele profissional em seguir alguma norma de ordem técnica fundamenta tanto o núcleo do tipo penal culposo quanto a própria majorante ante o não seguimento das regras técnicas.

Salienta-se que no Estado Democrático de Direito atual, conjugado ainda com os ensinamentos do Garantismo Penal, é cristalino que não há espaço para justificar a violação ao princípio do *non bis in idem* na dosimetria penal. Veja-se que o fato de o legislador impingir sanções ao agente delituoso, que no caso em tela é um aumento significativo de 1/3 (um terço) da pena, não quer dizer que este

⁹⁹ BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial**. 9ª ed. V.2. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85.

¹⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 43.

¹⁰¹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte especial**. V. 2. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

acréscimo de sanção não deva ser filtrado pelo magistrado. Este tem o dever de observar, à luz da ciência penal e dos princípios constitucionais, a possibilidade de aplicá-lo.

Como dito alhures, a inobservância de regra técnica, arte ou ofício já está incluída no conceito de imperícia. Perfilha-se, aqui, a posição de Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

Pensamos ser inadequada – e conseqüentemente inaplicável – essa modalidade de causa de aumento porque se confunde nitidamente com a própria conceituação de imperícia, que é a falta de conhecimento suficiente para exercer determinada profissão, arte ou ofício. Tem sido considerada por parte da doutrina como inaplicável, sob pena de se gerar o condenável *bis in idem* (dupla punição pelo mesmo fato). Aquele que não observa regra técnica obrigatória de sua profissão, arte ou ofício é, sem dúvida, um leviano, um imperito, o que serve para configurar a culpa, mas não para elevar a pena¹⁰².

A Corte Catarinense segue nesta mesma senda, qual seja, de que há *bis in idem* em razão da incidência do acréscimo da pena. Confira-se o *decisium*¹⁰³:

HOMICÍDIO CULPOSO NAS MODALIDADES DE IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA E NEGLIGÊNCIA MÉDICA - AGENTE QUE, NA QUALIDADE DE MÉDICO, AO REALIZAR CIRURGIA, DEIXA DE PINÇAR UMA ARTÉRIA, CAUSANDO HEMORRAGIA INTERNA NA PACIENTE E MINISTRA MEDICAMENTOS QUE AGRAVAM A SITUAÇÃO, LEVANDO-A A ÓBITO - FARTO ELENCO PROBATÓRIO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CIRCUNSTÂNCIA MAJORANTE DO § 4º DO ART. 121 DO CÓDIGO PENAL - INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO - NÚCLEO ELEMENTAR DO CRIME - NÃO INCIDÊNCIA.

[...]

Não há que se falar na incidência da majorante prevista no parágrafo 4º do art. 121 do Código Penal, pois a inobservância dos preceitos técnicos específicos, como causadora do resultado, configura elementar do crime.

Nesse sentido colaciona-se da jurisprudência:

"No homicídio culposo, a majoração da pena em virtude de inobservância de regra técnica é incabível quando esta constituir precisamente o núcleo da culpa com que se houve o agente' (JTACRIM 79/253)" (Apud MIRABETE, Julio Fabbrini, Código penal interpretado. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 974).

Outro não é o entendimento desta egrégia Corte: "não incide a causa especial de aumento de pena relativa à inobservância da regra técnica da profissão, se a conduta omissiva se confundir com o próprio núcleo do homicídio culposo, na modalidade negligência" (Apelação Criminal n.

¹⁰² NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 643.

¹⁰³ TJ/SC, **Apelação Criminal n. 2010.000921-2**, Relator: Moacyr de Moraes Lima Filho, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 01.06.2010.

02.013949-7, de Joaçaba, relatora Juíza Sônia Maria Schmitz, j. em 3/6/2003).

Além disso, mesmo que se queira salvar o dispositivo, argumentando que se trata de uma qualificadora ou, ainda, que a majorante está na campo da culpabilidade (devendo haver maior reprovabilidade) e que por isso não se confunde com as modalidades de culpa, a tentativa cai por terra.

Vê-se, assim, que é forte a posição da Corte Superior no sentido de que a majorante prevista no art. 121, § 4º, primeira parte, do *Códex Penal*, não se confunde com as modalidades de culpa, reproduzindo-se fielmente o ensinamento majoritário da doutrina penal. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe dirimir interpretações divergentes de leis federais, ainda não pacificou o tema. Vejam-se dois julgados dissonantes.

Com votos vencidos (de lavra dos Ministros Marco Aurélio Bellizze e Jorge Mussi), confirmando a incidência da causa de aumento de pena, direcionou-se o Areópago nos seguintes termos do aresto:

DIREITO PENAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM NO CASO DE APLICAÇÃO DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA REFERENTE AO DESCUMPRIMENTO DE REGRA TÉCNICA NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO.

É possível a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do CP no caso de homicídio culposo cometido por médico e decorrente do descumprimento de regra técnica no exercício da profissão. Nessa situação, não há que se falar em *bis in idem*. Isso porque o legislador, ao estabelecer a circunstância especial de aumento de pena prevista no referido dispositivo legal, pretendeu reconhecer maior reprovabilidade à conduta do profissional que, embora tenha o necessário conhecimento para o exercício de sua ocupação, não o utilize adequadamente, produzindo o evento criminoso de forma culposa, sem a devida observância das regras técnicas de sua profissão. De fato, caso se entendesse caracterizado o *bis in idem* na situação, ter-se-ia que concluir que essa majorante somente poderia ser aplicada se o agente, ao cometer a infração, incidisse em pelo menos duas ações ou omissões imprudentes ou negligentes, uma para configurar a culpa e a outra para a majorante, o que não seria condizente com a pretensão legal.¹⁰⁴

Em sentido antagônico, entendendo pela inaplicabilidade do art. 121, § 4º, do Código Penal, assim o fez a Corte Especial:

¹⁰⁴ STJ, **Habeas Corpus n. 181847/MS**, Relator Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, julgado em 04.04.13, publicado em 02.05.13.

PENAL E PROCESSUAL. HOMICÍDIO CULPOSO. INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO. TÉCNICA DE ENFERMAGEM. AFERIÇÃO NO CASO CONCRETO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE FATO OU NUANÇE DIFERENTE DA PRÓPRIA CULPA DO CRIME. **BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA MAJORANTE.**

1. A causa especial de aumento, prevista no art. 121, §4º do Código Penal (inobservância de regra técnica de profissão) figura no campo da culpabilidade e, pois, para incidir, deve estar fundada em outra nuance ou fato diferente do que compõem o próprio tipo culposo, rendendo ensejo a maior reprovabilidade na conduta do profissional que atua de modo displicente no exercício de seu mister, dando causa ao evento morte. Precedentes desta Corte e do STF.
2. Na espécie, o Ministério Público, no aditamento à denúncia, não se desincumbiu disso, limitando-se a afirmar que não foi observada regra técnica de profissão.
3. Recurso provido para afastar a majorante, devendo o Ministério Público averiguar a possibilidade de propor suspensão condicional do processo.¹⁰⁵

No mesmo norte, em que a dupla valoração é impiedosamente afastada:

RECURSOS ESPECIAIS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. IMPRUDÊNCIA MÉDICA. AGRAVAMENTO PELA INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DA PROFISSÃO. CABIMENTO. **CIRCUNSTÂNCIA DUPLAMENTE CONSIDERADA PARA CONFIGURAÇÃO DO TIPO E DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. EXISTÊNCIA. BIS IN IDEM. [...].**

1. O homicídio culposo se caracteriza com a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que não se confundem com a inobservância de regra técnica da profissão, que é causa de aumento que denota maior reprovabilidade da conduta. O julgador, contudo, **não pode se utilizar da mesma circunstância fática para reconhecê-las, sob pena de incorrer em vedado bis in idem.**¹⁰⁶ (*grifou-se*).

Neste diapasão, cumpre esclarecer que não basta a descrição na denúncia da conduta do réu para configurar a culpa, é necessária também a indicação de qual regra técnica violou o agente bem como a menção do comportamento que a descumpriu, pois do contrário haverá ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ou no mínimo, a inversão do *ônus probandi*. Isso porque, ainda que se entenda pela violação de regra técnica, deve ficar demonstrada na denúncia qual é esta regra para que o réu possa se defender processual e adequadamente.

¹⁰⁵ STJ, **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 26414/RJ**, Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 19.11.12, publicado em 26.11.12.

¹⁰⁶ STJ, **REsp n. 606170/SC**, relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 25.10.2005, publicado em 14.11.2005.

De se assinalar, portanto, que “o desrespeito às normas técnicas não pode se apresentar como a própria falta de diligência ou como núcleo caracterizador da ausência do devido cuidado, pois, do contrário, incorrer-se-á em invencível **bis in idem**”.¹⁰⁷ Ademais, a causa de aumento de pena (§ 4º) é um dado extra do tipo elementar previsto no § 3º do artigo 121 do Estatuto Penal. Logo, pelo critério da exclusão, é necessário fundamentar, primeiramente, a elementar do tipo, isto é, dizer em que consiste a culpa do agente (a qual já decorrente da inobservância de regra técnica, consigna-se). Passada esta primeira etapa, e demonstrado este dado penal ensejador do homicídio culposo, não resta outra circunstância idônea para configurar o aumento de 1/3 (um terço) de pena, pois o “descuido” do agente deriva da violação da norma técnica, sendo de rigor seu afastamento.

¹⁰⁷ STJ, voto vencido do Relator Marco Aurélio Bellizze, no **Habeas Corpus n. 181847/MS**, 5ª Turma, julgado em 04.04.13, publicado em 02.05.13.

5 CONCLUSÃO

Como visto, o Direito Penal sofre a incidência de princípios que protegem o “Jus Puniendi” estatal contra o indivíduo. À luz da doutrina garantista arquitetada por Luigi Ferrajoli, corroborada com a mais atual jurisprudência dos tribunais que, não raro, evita excessos e injustificações na penalização do réu, exsurge o princípio do *non bis idem*. Sua fundamentação decorre de um devido processo legal substancial (*substantive due process*), com o escopo de conter excessos do Estado na sua persecução penal e conferir eficácia às garantias constitucionais.

Assinala-se que frequentemente tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça, em grau recursal, reformam a decisão do tribunal *a quo* por vislumbrarem mácula do julgado ante a violação da garantia do *non bis in idem* na dosagem da pena.

Com efeito, além dos significados clássicos que o *bis in idem* possui (ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato; ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato), resta caracterizada também a perspectiva no campo da dosimetria da pena, ou seja, de que não cabe dupla valoração sobre o mesmo objeto.

Ao magistrado, por conseguinte, não cabe considerar a reincidência como agravante e ao mesmo tempo como antecedentes criminais, ou motivar a caracterização do tipo penal básico apontando determinado fato e, diante deste mesmo fato, fundamentar a incidência de certa agravante ou causa de aumento de pena. Ao estatuir o art. 61 do Código Penal, o legislador penal deixou patente sua preocupação com a vedação da dupla punição sobre o mesmo objeto, nestes termos: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime”.

Cumprе mencionar que deste comando supramencionado, extrai-se a regra geral da proibição de se valorar dupla e negativamente o mesmo objeto,

exigindo-se acuidade não só do magistrado mas também do advogado/defensor do acusado, que entendendo haver *bis in idem* na dosimetria da pena, deve manejar o recurso cabível ao Tribunal competente para corrigir a injustiça.

No homicídio culposo, com previsão no art. 121, § 3º, do Código Penal, só há possibilidade de se configurar o delito se houver os elementos da culpa (concentração na análise da conduta voluntária agente; ausência do dever de cuidado objetivo; resultado danoso involuntário; previsibilidade; tipicidade; nexo causal) independentemente da modalidade que for (negligência, imprudência ou imperícia).

A causa de aumento do homicídio culposo decorrente de inobservância de regra técnica, insculpida no art. 121, § 4º, primeira parte, do Código Penal, vem sendo objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência. Esta causa de aumento, como visto, revela-se em face de que o agente detém os conhecimentos técnicos necessários e, por descuido, não os emprega.

Viu-se que sua natureza jurídica é de causa de aumento de pena ou majorante e não uma qualificadora do homicídio culposo como dizem Damásio de Jesus e outros doutrinadores, e que são, infelizmente, reproduzidas equivocadamente por alguns julgadores. De se assinalar que uma qualificadora tem sua pena em abstrato, mínima e máxima, estipulada pelo próprio legislador, o qual é o primeiro passo de individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal) o que incorre no caso, já que “no homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício”.

De outra banda, a sua previsão legal se deu, em última análise, para coibir os homicídios culposos decorrentes de excesso de velocidades na direção de veículo automotor, ante a falta de uma legislação específica para tratar o tema, o que se deu somente em 1997, com a edição do Código de Trânsito Brasileiro, tipificando o delito de homicídio culposo nos termos do art. 302 daquele diploma, inclusive aumentando a pena em abstrato de dois a quatro anos de detenção.

Não obstante, a causa de aumento de pena vem sendo aplicada a médicos, engenheiros, empregadores etc., sem nenhuma observância do desvalor da conduta entre aquele que detém os conhecimentos técnicos e não as utiliza por leviandade e aquele que não conhece as regras técnicas. Pelo contrário, há uma inversão de valoração entre as condutas que merecem maior censurabilidade. Como se viu pelos argumentos aventados anteriormente, são insubsistentes as conclusões utilizadas pela doutrina e principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça de que ao agente que inobserva a regra técnica recai maior reprovabilidade e que, por conseguinte, merece a incidência da causa de aumento de pena do art. 121, §§ 3º e 4º, primeira parte, do Código Penal, enquanto que aquele que não a conhece e comete o homicídio culposo apenas responde pelo art. 121, § 3º, primeira parte, do Código Penal, sem a incidência da majorante.

Imprescindível destacar que cabe ao membro do *Parquet* expressar na denúncia em que consistiu o desleixo do agente bem como qual norma técnica ele violou para que se perfectibilize o contraditório e a ampla defesa. Ademais, a causa de aumento de pena decorrente de inobservância de regra técnica é inaplicável quando o julgador a motiva com fatos ou circunstâncias que já evidenciaram o tipo penal na sua estrutura simples.

Viu-se, desse modo, que parte da doutrina¹⁰⁸, acertadamente, vislumbrou a violação do princípio do *non bis in idem* nesta situação. Entendem os penalistas, em síntese, que a fundamentação da majorante é, em outras palavras, a mesma para configurar o descuido por parte do agente, isto é, a caracterização do homicídio culposo simples previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal.

Ademais, a próprias Cortes Superiores vêm velando por este princípio fundamental. Confira-se que no âmbito do STJ a “consideração, quando das circunstâncias do art. 59, de elementos que já integram o próprio tipo penal importa em *bis in idem*”¹⁰⁹. No âmbito do STF o princípio a dupla punição é veementemente

¹⁰⁸ Cita-se como exemplo Guilherme de Souza Nucci, Jeferson Ninno, Jeferson Aparecido Dias e Flávio Augusto Monteiro de Barros.

¹⁰⁹ STJ, **REsp n. 89.593**, Relator Edson Vidigal, publicado no DJU em 07.10.96.

rechaçado, pois “a ordem jurídica em vigor não agasalha, no campo punitivo-penal, a duplicidade de enfoques, ou seja, o *bis in idem*”¹¹⁰.

Especificamente na causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, primeira parte, do Código Penal, são crescentes os julgados que vislumbram a equivocada dupla valoração sobre o mesmo fato, entendendo que a circunstância fática - falta de cuidado - é suficiente para caracterizar o delito na forma culposa simples, mas não constitui motivação idônea para acarretar o *plus* de 1/3 da pena em face na inobservância de regra técnica. A título exemplificativo, ressalta-se *JTACRIM* 79/253, *AC* n. 02.013949-7 do TJ/SC, *AC* n. 2010.000921-2 do TJ/SC, *HC* n. 86.606 do STJ, *REsp* n. 606170/SC do STJ, *ROC* em *HC* n. 22.557/SP do STJ, *RHC* n. 26414/RJ do STJ, *HC* n. 95.078-7/RJ do STF etc.

À guisa de conclusão, embora se reconheça a divergência no assunto, entende-se que a doutrina e sobremaneira os tribunais vêm, acertadamente, rechaçando a aplicação da causa de aumento de pena decorrente de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, principalmente porque não se pode considerar a mesma circunstância fática para configurar o delito e aumentar a pena em face da negligência, imprudência ou imperícia do médico, engenheiro, motorista etc, sob pena de violação ao princípio do *non bis in idem*.

Dessarte, não é porque há previsão legal para majorar a pena que o magistrado deve aplicá-la. Antes disso, deve perquirir se tal gravame se compatibiliza com os princípios fundamentais da Constituição Federal e ainda sob os olhos dos princípios basilares da Ciência Penal que, hodiernamente, atravessa uma fase garantista.

¹¹⁰ STF, 2ª Turma, Relator Marco Aurélio, **Habeas Corpus n. 76.665-3**, julgado em 23.06.1998, publicado no DJU em 04.09.98, p. 4.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial**. 9ª ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. v.1. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 04.04.2013.

_____. **Código Penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20.01.2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 12.04.2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Notícia. Disponível em

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109814>. Acesso em 30.05.2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Notícia. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>>. Acesso em 07.04.2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; PABLOS DE MOLINA, Antonio García. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Sinopse jurídica – Direito Penal: Parte Geral**. 18ª ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito penal esquematizado: Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; ESTEFAM, André. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Código penal comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 5. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte especial**. v. 2. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JORIO, Israel Domingos. **Princípio do "non bis in idem": uma releitura à luz do direito penal constitucionalizado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set.2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8884>>. Acesso em: 30 dez. 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

_____. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; Renato N. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. **Jurisdição do real x controle penal: Direito & Psicanálise, via literatura**. 2ª ed. digital. Petrópolis/RJ: KindleBookBr Editora Digital, 2011.

NINNO, Jeferson; APARECIDO DIAS, Jeferson (in Alberto Silva Franco (org.)). **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v.1. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: **Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador/BA: Juspodvim, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**. v.1, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.