



---

NOÇÕES DE DIREITO

**PENAL**

AGENTE E ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL

# 1 PRINCÍPIOS BÁSICOS DE DIREITO PENAL

## 1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com o advento da CF de 1988, a dignidade da pessoa humana foi alçada à categoria de princípio fundamental (art. 1º, inc. III, da CF). O princípio constitucional da proteção e da promoção da dignidade da pessoa humana deve influenciar o sistema penal (amplamente considerado), para que ele funcione com respeito aos direitos humanos fundamentais e para que se baseie, precipuamente, no paradigma humanitário.



Juridicamente, a noção da dignidade humana está ligada aos movimentos constitucionalistas modernos, sobretudo aos constitucionalismos francês e americano. A constituição moderna, de caráter nitidamente liberal, surgiu com a finalidade de declarar direitos, de fundamentar a organização do governo e de limitar o poder político, limitação essa que era o maior anseio dos mentores burgueses setecentistas.

Assim, o valor moral da dignidade da pessoa humana foi consagrado como preceito constitucional na *Declaração de Direitos de Virgínia*, que precedeu a Constituição americana de 1787, e na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, que resultou da Revolução Francesa. Apesar de ser possível sua dedução dos textos constitucionais mais antigos que tutelavam as liberdades fundamentais, a *expressa* positivação do ideal da dignidade da pessoa humana é bastante recente. Com algumas exceções, somente após sua consagração na *Declaração Universal* da ONU de 1948 é que o princípio foi *expressamente* reconhecido na maioria das Constituições.

Com o advento da Constituição brasileira de 1988, restou consagrado o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo, elevando, de maneira incontestável, o princípio em comento a uma categoria superlativa em nosso ordenamento, na qualidade de norma jurídica fundamental. Tal princípio é, portanto, o regente dos demais princípios, sendo que toda lei que violar a *dignidade da pessoa humana* será inconstitucional.

## 1.2 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

O principal objetivo do Direito Penal é efetivamente a proteção de bens jurídicos, uma vez que não há crime sem a existência de lesão ou perigo de ofensa a um bem ou interesse juridicamente tutelado. A noção de bem jurídico adquiriu, dentro do Direito Penal, uma importância particular logo após a Segunda Guerra Mundial.

Neste sentido, seu valor principal foi o de legitimar ou dar validade às normas penais com fundamento no princípio que diz não poder haver lei penal sem um bem jurídico para tutelar. É exatamente aqui que reside a ideia de princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Isso porque a noção de bem jurídico supõe critérios evidentes de taxatividade e de delimitação daquilo que se quer proteger. De tal perspectiva, a noção de bem jurídico buscou impedir que se façam difusos ou intangíveis os conteúdos cuja afetação pode ser objeto de imputação de consequências penais.

O bem jurídico converteu-se, então, em núcleo do conceito material de crime. Com esse conteúdo, o bem jurídico pretendeu ancorar a atividade legislativa da política criminal somente a certas realidades ou interesses relevantes para a convivência social, deixando fora dessa competência os campos da privacidade e as crenças pessoais.

### 1.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A CF traz um princípio geral de legalidade no inc. II de seu art. 5º, segundo o qual: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Do ponto de vista penal, a legalidade assume feição mais estrita, nos termos do inc. XXXIX do art. 5º, assim redigido: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, cujo texto é análogo, aliás, ao do art. 1º do CP.

Cuida-se de regra antiga, já consagrada no brocardo latino *nullun crimen, nulla poena sine lege*, do qual se retira a tipicidade penal, de modo que o cidadão saiba quais são os comportamentos proibidos.

Destarte, o princípio da legalidade proíbe que (a) a *retroatividade* da lei penal seja utilizada como meio de criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o *costume* seja aplicado como fonte de criminalizações e agravações de penas, (c) a *analogia* seja empregada como método de criminalização de condutas, e (d) haja *indeterminação* dos tipos legais e das sanções penais.<sup>1</sup>

**Não** há violação do princípio da legalidade:

- a) na **interpretação sistemática** de vários dispositivos legais aplicáveis, como no caso da orientação “predominante no Supremo Tribunal Federal no sentido de que o cometimento de falta grave, durante a execução da PPL, implica, por exemplo, a necessidade de reinício da contagem do prazo de 1/6 (um sexto) para obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena” (STF, HC 99093, Ellen, 2ª. T., u., 24.11.09);
- b) na **especialização de vara para julgamento de crimes sexuais contra crianças ou adolescentes**, por ato administrativo do tribunal (STF, HC 91509, Grau, 2ª. T., u., 27.10.09);
- c) na utilização de **medida provisória em favor do réu**, como no caso daquelas que: “abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade” (STF, RE 254818, Pertence, Pl., u., 8.11.00).

**Há violação** do princípio da legalidade:

- a) na Resolução de TRE que afirma caracterizado o crime do art. 347 do Código Eleitoral em caso de descumprimento da Resolução, quando o delito exige ordem

1 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 19.

individualizada e dirigida ao agente (STF, ADI 2283, Gilmar Mendes, Pl., m., 15.2.06).

### I) Analogia

**Analogia** é a técnica de colmatção das lacunas da lei consistente na aplicação de uma regra legal a uma situação não prevista na norma, mas assemelhada aquela que está regulamentada. Em Direito Penal, admite-se a analogia *in bonam partem*, ou seja, a favor do réu, desde que se trate de uma lacuna involuntária, e não de uma opção deliberada do legislador de dar tratamento diverso à matéria (STF, HC 94777, Direito, 1ª. T., u., 5.8.08).

É vedada, porém, a analogia *in malam partem*, ou desfavorável ao réu, por violar o princípio da legalidade estrita ou tipicidade cerrada, que exige lei formal para a veiculação de normas penais (STF, Inq. 1145, Corrêa, Pl., u., 19.12.06).

Não há vedação, porém, à **aplicação analógica da lei penal**, assim entendido a extensão de uma regra a casos assemelhados, com base em expressa autorização legal, como no caso da alínea *c* do inc. II do art. 61 do CP que prevê uma agravante para o crime praticado: “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”. Nesse caso é possível, por expressa autorização legal, a aplicação da lei penal em caso de utilização de outros recursos que não a traição, a emboscada ou a dissimulação, desde que tenham dificultado ou tornado impossível a defesa da vítima.

### II) Norma Penal em Branco

Norma penal em branco é aquela de conteúdo incompleto, que requer complementação por outra norma jurídica, usualmente extra-penal. O fundamento do uso da técnica da norma penal em branco é permitir a adequação da norma penal ao conteúdo de outros ramos do direito, permitindo, assim, uma atualização automática da norma penal em caso de modificação da norma complementar. Além disso, a técnica confere maior agilidade em caso de necessidade de atualização da norma, que poderá ser feita por ato da autoridade administrativa, e não da lei formal, em um procedimento mais complexo e moroso, sujeito, ainda, às complexidades políticas inerentes ao parlamento. Somente serão consideradas criminosas as condutas praticadas depois da entrada em vigor da norma complementar (STF, Inq. 1915, Pertence, Pl., m., 5.8.04).

A norma penal em branco poderá ser:

MODALIDADE	COMPLEMENTO	EXEMPLO
Homogênea ou em sentido lato	Lei extra penal	CP, art. 237
Heterogênea ou em sentido estrito	Norma infra-legal (Decreto, regulamento, portaria, etc.)	Lei 11.343/06, art. 33

## 1.4 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

Mas não basta que os comportamentos penais estejam previstos em lei. O inc. XXXIX da CF e o art. 1º do CP, já mencionados, também exigem que a lei penal seja anterior ao fato em julgamento, de modo que o cidadão esteja devidamente advertido da ilicitude do seu comportamento.

Assim como para as penas, somente se admite a imposição de uma medida de segurança quando sua previsão legal for anterior à prática da infração penal, uma vez que a essa espécie de sanção penal também incide o princípio constitucional da irretroatividade anterioridade.

Em caso de norma penal em branco, somente serão consideradas criminosas as condutas praticadas depois da entrada em vigor da norma complementar (STF, Inq. 1915, Pertence, Pl., m., 5.8.04).

## 1.5 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE

Corolário da anterioridade é a irretroatividade da lei penal mais gravosa, pois de nada adiantaria estabelecer a anterioridade se esse princípio fosse esvaziado pela possibilidade de uma lei penal retroativa, que tornaria ineficaz a garantia<sup>2</sup>. Bem por isso, assim reza o inc. XL do art. 5º da CF: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

O princípio em exame **aplica-se** também às normas de **execução penal** (STF, HC 68416/DF, Brossard, 2ª. T., u., 8.9.92). Não se pode, então, por exemplo, negar o indulto ao delito incluído no rol dos crimes hediondos pela Lei 8930/94, ainda que o Decreto exclua os crimes hediondos, se o fato em questão foi cometido antes da lei que tipificou os crime hediondos, isto é, antes da lei nova mais gravosa (STF, HC 101238/ SP, Grau, 2ª. T., u., 2.2.10).

O princípio em exame **não se aplica** às **normas processuais penais**, que tem **vigência imediata** (STF, AI 177313 AgR-ED/MG, Mello, 1ª. T., u., 18.6.96).

## 1.6 PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI BENÉFICA

Como visto acima, a vedação da retroatividade da lei penal não se aplica a lei que beneficiar o acusado, como explicita, aliás, o parágrafo único do art. 2º do CP, nos seguintes termos: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Na mesma linha o inc. III do art. 107 do CP que arrola como uma das causas da extinção da punibilidade a: “retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”.

## 1.7 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Segundo tal princípio, o Direito Penal só intervirá na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, interesses esses que não podem ser eficazmente tutelados de forma menos gravosa. Tem origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que determina, no seu art. 8º, que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias. A lei penal, portanto, só deve intervir como *ultima ratio*, ou seja, quando absolutamente necessária à sobrevivência da comunidade. Isso porque o uso excessivo do Direito Penal – e da própria pena – não garante uma maior proteção aos bens, mas, ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa. Subdivide-se em princípio da fragmentariedade e princípio da subsidiariedade.

---

2 NUCCI, Guilherme de Souza. CP Comentado. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 41.

## 1.8 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

A fragmentariedade refere que *nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tutelados pelo Direito Penal*, mas tão somente um fragmento deles.

Por exemplo, na proteção jurídica do bem patrimônio, não existe o tipo de furto culposos, ou de dano culposos, ou de roubo culposos. Eventualmente, poderia se imaginar uma situação envolvendo, por exemplo, um dano culposos (como na situação de uma pessoa que colide no carro de outra pessoa por imprudência, negligência ou imperícia), mas essa conduta não é penalmente tipificada, ou seja, esse fragmento do bem jurídico patrimônio não é tutelado pela norma penal.

Nesse sentido, apenas as condutas mais graves, consideradas socialmente intoleráveis e endereçadas a bens efetivamente valiosos, é que podem ser objeto de criminalização. Como fragmento é parte de um todo, o Direito Penal, visto como *fragmentário*, só poderá ocupar-se de ações ou omissões que lesem, verdadeiramente, a vida em sociedade.

## 1.9 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Só haverá intervenção do Direito Penal quando outros ramos do Direito não resolverem de forma satisfatória o conflito. O Direito Penal, portanto, é a *ultima ratio*.

## 1.10 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Concebida por Hans Welzel<sup>3</sup>, a teoria da adequação social significa que, não obstante determinada conduta se amolde formalmente ao modelo legal, não será considerada *típica* se for socialmente adequada ou reconhecida, ou seja, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada. A ação será socialmente adequada quando realizada dentro do âmbito da normalidade admitida pelas regras de cultura do povo.

Assim, as pequenas lesões desportivas que advêm da violação de normas cuja inobservância é prática corriqueira no jogo e o corte coativo de cabelo do calouro aprovado no vestibular, por exemplo, são comportamentos que, a despeito de serem considerados típicos pela lei penal, não afrontam o sentimento social de justiça, ou seja, aquilo que a sociedade tem por certo e justo.

**Atenção:** o STF, no julgamento do HC 104467, entendeu inaplicável o princípio da adequação social em relação ao **art. 229 do CP** (*“manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”*), crime que permanece típico, uma vez que caberia somente ao legislador o papel de revogar ou modificar a lei penal em vigor.

## 1.11 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

A introdução do *princípio da insignificância* no sistema penal deve-se a **Claus Roxin**<sup>4</sup>, que reconhecia a insignificância como *auxiliar interpretativo*, e não como característica do tipo delitivo, objetivando

3 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bastos Ramírez e Sérgio Yáñez Perez. 11a ed., Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 85.

4 Roxin fala do princípio da insignificância, pela primeira vez, em 1964, e depois volta a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do adágio latino *minima non curat praetor*.

restringir o teor literal do tipo formal, conformando-o com condutas socialmente admissíveis, em decorrência de suas ínfimas lesões a bens juridicamente tutelados.

Em face do princípio da insignificância, que **Klaus Tiedemann** chamou de *princípio da bagatela*, mínimas ofensas a interesses protegidos pela norma penal não justificam a incidência do Direito Penal, que se mostra desproporcionado ao castigar fatos de importância manifestamente insignificante, como o furto de poucas abóboras. É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.

Como a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem juridicamente tutelado, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de tornar-se incapaz de ofender o interesse protegido, não haverá adequação típica. O princípio da insignificância é hoje tomado como *causa excludente da tipicidade material*, impedindo a configuração do injusto típico.

#### Observações:

- a) natureza jurídica: é causa supralegal de exclusão da tipicidade material;
- b) quatro condições essenciais (segundo STF e STJ) para a aplicação do princípio da insignificância: (i) mínima ofensividade da conduta, (ii) inexistência de periculosidade social do ato, (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) inexpressividade da lesão provocada;
- c) não cabe em crimes praticados com **violência ou grave ameaça contra pessoa**, como roubo e resistência (Inf. STJ 439 e 441);
- d) não cabe no crime de **moeda falsa** (Inf. STJ 437); não cabe no crime de **tráfico de drogas** (STJ, HC 248652, j. 18/09/2012);
- e) nos crimes de sonegação fiscal – como o **descaminho** – tem sido aceito de forma majoritária quando o valor sonegado não ultrapassa **R\$ 10.000,00** (STF, HC 114548, j. 13/11/2012). **Obs.:** há decisões que aceitam a insignificância no crime de **descaminho** quando o valor sonegado não ultrapassa **R\$ 20.000,00**, com fundamento na Portaria n.º 75/2012 do Ministério da Fazenda (TRF4, AC 5006411-19.2010.404.7002, 18/12/2012).
- f) Segundo a Súmula 599 do STJ, aprovada em 20/11/2017, “o princípio da insignificância é **inaplicável aos crimes contra a Administração Pública**”.

## **1.12 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA**

O princípio da confiança baseia-se na expectativa de que as outras pessoas ajam de um modo já esperado, ou seja, normal. Consiste, portanto, na realização da conduta de uma determinada forma na confiança de que o comportamento do outro agente se dará conforme o que acontece normalmente. O motorista que, conduzindo seu veículo pela preferencial, passa por um cruzamento, confia que o outro automóvel, que se encontra na via secundária, aguardará sua passagem. Havendo acidente, não terá o primeiro agido com culpa. O princípio da confiança tem sido tratado, hoje, como causa supralegal de exclusão da culpa e, por consequência, do próprio fato típico.

### **1.13 PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PENAIS**

Decorre do princípio da Supremacia Constitucional, segundo o qual a Constituição está no ápice do ordenamento jurídico nacional e nenhuma norma jurídica pode contrariá-la, material ou formalmente, sob pena de advir uma inconstitucionalidade. Disso resulta uma presunção relativa (*juris tantum*) no sentido de que todas as normas atinentes a Direito Penal estão em consonância plena com a Constituição, sob pena de não serem recepcionadas e, como consequência, de serem afastadas pelo ordenamento constitucional superior.

### **1.14 PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIEDADE**

Conforme tal princípio, a conjunção dos princípios constitucionais é que afirma o modelo fundamental, no qual se arrima toda a construção jurídico-normativa da sociedade estatal, pelo que se caracterizam e pela complementaridade que os anima. Dessa forma, embora não estejam expressamente previstos na Constituição, os princípios modernos norteadores do Direito Penal – como a intervenção mínima, a insignificância, a ofensividade e a proporcionalidade, entre outros – podem ser invocados e reconhecidos no sistema pela complementação natural entre eles e o princípio da reserva legal.

### **1.15 PRINCÍPIOS PENAIS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS AO DELITO**

#### **1.15.1 PRINCÍPIO DA EXTERIORIZAÇÃO OU MATERIALIZAÇÃO DO FATO**

O Direito Penal somente poderá intervir quando o agente, por meio da sua conduta voluntária, exteriorizar ações ou omissões concretas. Não se pode punir o pensamento, o estilo de vida, a opção sexual, a ideologia, a personalidade. O Direito Penal moderno caracteriza-se como um *direito penal do fato* (pune-se o sujeito pelo que fez), e não mais como um *direito penal do autor* (pune-se o sujeito pelo que é).

**Atenção:** a contravenção penal da **vadiagem** (art. 59 da LCP), embora formalmente vigente, é tida por muitos autores como não recepcionada pela CF, já que representaria o indesejável *direito penal do autor*.

#### **1.15.2 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE**

Segundo tal princípio, não se pode conceber a existência de qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*). O princípio da ofensividade do fato decorre de outro princípio geral de direito, que é o *neminem laedere*, e constitui a base de sustentação de um novo sistema penal, irradiando consequências tanto no sentido político-criminal (legislativo) como no dogmático-interpretativo e de aplicação da lei penal.

**Atenção para a arma de fogo desmuniçada:** A posição amplamente majoritária no STF e no STJ é que **haverá crime**, tanto no porte de arma desmuniçada quanto no porte de munição (STF, HC 103539, 17.4.12; STJ, HC 201238, 23.10.12). No entanto, o STJ vem entendendo que, no roubo praticado com arma desmuniçada não incide a majorante do emprego de arma, punindo-se o agente por roubo simples (STJ, HC 175495, 20.11.12).

**Importante:** o bem jurídico atingido deve pertencer a terceira pessoa, ou seja, a prática criminosa pressupõe conduta que transcenda a esfera individual do agente. Por isso o princípio da ofensividade deve ser complementado pelo **princípio da alteridade** (*altero*: o outro) ou **transcendentalidade**, fazendo com que a autolesão e a própria tentativa de suicídio restem impuníveis.

**Execução:** a autolesão configurará crime em duas hipóteses: se cometida com o fim de fraudar seguro caracterizará *estelionato* (art. 171, § 2º, inc. V, do CP), e se praticada para criar incapacidade física que inabilite o convocado para o serviço militar, poderá constituir-se em *crime militar* (art. 184 do CPM).

## 1.16 PRINCÍPIOS PENAIS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS AO SUJEITO

### 1.16.1 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL

Como o indivíduo só pode ser responsabilizado penalmente pelos próprios atos, descabe a aplicação de pena criminal por fato alheio. Além disso, não cabe falar em transposição da responsabilização penal aos herdeiros e sucessores. Com a morte do acusado há a extinção da punibilidade (art. 107, I, do CP). E, inclusive, eventual indenização não deve ultrapassar o patrimônio do acusado, fazendo atingir, de alguma forma, o patrimônio dos herdeiros.

### 1.16.2 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Para que o agente seja punido penalmente, não basta a mera prática material do fato, já que se requer, também, a presença do dolo ou da culpa. Isso significa que não há mais lugar, hodiernamente, para a chamada responsabilidade penal objetiva. Observe-se, a propósito, o art. 19 do CP: *“Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”*.

### 1.16.3 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

A culpabilidade exerce a função de limite material do *jus puniendi*, sendo vedada a responsabilização penal objetiva.

Afora isso, a culpabilidade tem graus, exercendo importante papel na determinação da pena (CP, art. 59). **Atenção para a tese da coculpabilidade de Zaffaroni:** fundamenta-se na possível influência do meio social sobre a personalidade do agente, ou seja, seria a “sociedade marginalizadora” concorrendo para a prática do crime, podendo ser considerada uma atenuante inominada (CP, art. 66).

### 1.16.4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU IGUALDADE

Está previsto especialmente no art. 5º da CF (*“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*), impondo a **igualdade da lei** (a lei não pode fazer qualquer espécie de discriminação) e a **igualdade perante a lei** (não deve haver qualquer discriminação na aplicação da lei). É por isso que, no caso do concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos

réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros (art. 580 do CPP).

### 1.16.5 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE

De acordo com o inc. XLV do art. 5.º da CF: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Do princípio em referência decorrem as seguintes consequências:

- a) extinção da punibilidade pela morte do agente (CP, art. 107, I);
- b) a impossibilidade de substituição do condenado por terceiro no cumprimento da pena, ainda que se trate de PSC (STF, HC 68309, Mello, 1ª. T., 27.11.90).

## 1.17 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS COM A PENA

### 1.17.1 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. Estabelecem a Declaração dos Direitos do Homem (1948): “*todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. III), e ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. V)*”; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966): “*ninguém será submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas*” (art. 7º); a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) define e pune a tortura (arts. 1º e 4º). O princípio da humanidade do Direito Penal é, atualmente, o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua, apresentando-se como verdadeira diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal.

**Atenção:** com base no princípio da humanidade, as Cortes superiores, em algumas decisões recentes, vêm entendendo que o **prazo máximo de duração da medida de segurança** aplicável aos inimputáveis é ou o de trinta anos, previsto no art. 75 do CP (STF, HC 107432, 24.5.11) ou o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito (STJ, HC 91602, 6ª. T., 20.9.12).

### 1.17.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal (art. 1º do CP e art. 5º, XXXIX, da CF), exigindo-se, ainda que a lei penal seja. É necessária a existência de lei para que uma conduta seja tida como crime. Costumes, por exemplo, não são capazes de criar, modificar ou extinguir tipos penais; somente leis podem o fazer.

E é preciso aplicar a interpretação extensiva nesse dispositivo para abarcar, além dos crimes, também as contravenções penais; e além das penas, as medidas de segurança.

No **sentido político**, o princípio da legalidade significa *garantia individual contra abusos do Estado*; no **sentido jurídico**, significa que *não há crime sem lei que o defina*.

Frisa-se, ainda, que a **legalidade material** impede que seja considerado crime a conduta que não *ferre efetivamente interesse juridicamente tutelado* (ou seja, a conduta deve possuir relevância jurídica). E a **legalidade formal** diz que não há crime sem lei formal que tipifique a conduta.

Ademais, a **lei penal deve ser escrita, estrita, certa e necessária**.

### 1.17.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Não obstante remonte à Antiguidade, foi com o Iluminismo, especialmente com Cesare Beccaria, que o princípio da proporcionalidade se firmou como postulado penal. Em sentido amplo, a proporcionalidade pressupõe: **a)** adequação ou idoneidade; **b)** necessidade ou exigibilidade; e **c)** proporcionalidade em sentido estrito. Gomes Canotilho<sup>5</sup> refere que a **adequação** (chamada por ele também de **conformidade**) trata de controlar a relação de adequação medida-fim; a **exigibilidade**, por sua vez, não põe em crise a adoção da medida (necessidade *absoluta*), mas sim a necessidade *relativa* da providência, ou seja, perquire se o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos; e a **proporcionalidade em sentido estrito** sopesa as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

No âmbito penal, o princípio da proporcionalidade ensina que as penas devem estar proporcionadas ou adequadas à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico, representada pelo crime, não tendo cabimento o exagero, de um lado, e a liberalidade extrema, de outro. Ofenderia a proporcionalidade punir um latrocínio, por exemplo, com pena de multa.

#### Observações:

**a)** sobre individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), deve ser lembrada a **Súmula 471 do STJ**: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n.º 7.210/1984 (LEP) para a progressão de regime prisional”.

**b)** princípio da personalidade, pessoalidade ou intranscendência da pena: de acordo com a Constituição (art. 5º, XLV), “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”; ocorre que há duas exceções: a reparação do dano e a decretação do perdimento de bens, que podem ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

**c)** deve-se analisar a necessidade concreta da pena; lembre do *perdão judicial* (art. 121, § 5º; art. 129, § 8º), quando o magistrado, mesmo diante da culpabilidade do réu, decide pela desnecessidade concreta da pena;

**d)** deve-se analisar a suficiência da pena alternativa (substituição da PPL por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP);

**e)** princípio da proibição de excesso (*Übermassverbott*) ou do garantismo negativo: a proporcionalidade é utilizada como proteção contra os excessos ou abusos do Estado (proibição da pena de morte, por exemplo);

<sup>5</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5a ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 262-3.

f) princípio da proibição de insuficiência (*Untermassverbot*) ou do garantismo positivo: a proporcionalidade é utilizada como proteção contra a omissão estatal diante dos direitos fundamentais (punir o crime de extorsão mediante sequestro com pena mais grave que a do homicídio significa violação à necessária tutela do bem *vida*).

### 1.17.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A pena, por imposição constitucional, é individualizada (CRFB, art. 5º, XLVI), o que representa uma manifestação do princípio da proporcionalidade, no sentido de que a pena deve ser adequada, em justa relação com o ato e a culpa do agente, sem excesso, sendo que a fundamentação individualizada constitui direito subjetivo do sentenciado (STF, HC 72.992, Mello, 1ª T., u., DJ 14.11.96). O processo individualizador se dá em três fases, a saber:

- a) **legislativa**, quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, seus limites e critérios de fixação, pelo legislador;
- b) **judicial**, que se dá na sentença, quando o juiz estabelece as penas previstas dentre as cominadas, seus quantitativos e eventuais substituições;
- c) **executiva**, por ocasião do cumprimento da pena.

Corolário lógico do processo de individualização é que, ao final deste, possam ser condenados a penas diferentes corréus no mesmo feito (STF, HC 70022/RJ, Mello, 1ª T., u., 20.4.93; STF, HC 70.900, M. Alves, RTJ 157/138), conforme variarem as circunstâncias referentes a uns e outros, até mesmo por aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, impondo-se a diferenciação para corréus cuja participação no crime foi distinta (TRF4, EIAC 97.04.47112-2, Sarti, 1ª S., m., 2.9.98, DJ 7.10.98).

Não há, de outro lado, obrigatoriedade de se chegar a penas diferentes. Assim, poderão ocorrer casos em que, idênticas as circunstâncias objetivas e subjetivas, impor-se-á a mesma pena (STF, HC 70931/RJ, Pertence, 1ª T., u., 14.12.93; STF, HC 72.992, Mello, 1ª T., u., DJ 14.11.96). Em outras palavras, o fato de se cuidar de um processo de individualização não sugere, necessariamente, apenamento em quantitativos diferentes.

A diferenciação no resultado final dependerá, então, da existência de circunstâncias diversas, devidamente referidas na sentença, não sendo razoável o tratamento diferenciado dado a corréus, no mesmo processo, sem que tenha sido declinado o fundamento para tanto (STJ, REsp. 225.398/PR, Félix Fischer, v.u.u., DJ 28.2.00) ou quando o juiz afirma presentes as mesmas circunstâncias (TRF4, AC 2001.04.01.083970-0, Penteado, 8ª T., u., 11.6.03).

### 1.17.5. PRINCÍPIO DA INCOLUMIDADE FÍSICA E MORAL

O respeito à integridade física e moral dos acusados, em especial dos presos, é extraída dos seguintes incs. do art. 5º da CF:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;  
(...)

*XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;*

*(...)*

*XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;*

Sobre o tema, ver o D. 8.858/16 e a Súmula Vinculante 11 do STF, que tratam do emprego de algemas.

*Súmula Vinculante 11 do STF: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.*



## CAIU NA PROVA!

1) (Escrivão/PF – CESPE 2013) Julgue os itens subsequentes, relativos à aplicação da lei penal e seus princípios.

Uma vez que as medidas de segurança não são consideradas penas, possuindo caráter essencialmente preventivo, a elas não se aplicam os princípios da reserva legal e da anterioridade.

( ) certo ( ) errado

**Resposta:** Errado

**Comentário:** Os princípios da legalidade e anterioridade são princípios constitucionais e, independentemente da aplicação de pena ou medida de segurança, não podem ser afastados.

2) (PRF – CESPE 2013) O princípio da legalidade é parâmetro fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais de tal natureza somente podem ser criados por meio de lei em sentido estrito.

( ) certo ( ) errado

**Resposta:** Certo

**Comentário:** É um axioma da norma penal incriminadora que os tipos penais só possam ser criados por lei em sentido estrito, ou seja, promulgada de acordo com as normas constitucionais pelo Poder Legislativo. O princípio da legalidade encontra seu fundamento no art. 5º, XXXIX da Constituição e é previsto no artigo 1º do Código Penal.

# 2 APLICAÇÃO DA LEI PENAL

## 2.1 A LEI PENAL NO TEMPO

Para o estudo da aplicação da lei penal no tempo, serão trabalhadas as normas constantes no Código Penal, do art. 1º ao art. 4º.

Iniciando pelo art. 1º do CP, o qual dispõe:

### Anterioridade da Lei

*Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

ESCANEIE O CÓDIGO E VEJA



A disciplina desse dispositivo legal tem fundamento no art. 5º, XXXIX, da CF:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

[...]

*XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*

[...]

Desse dispositivo, podem-se extrair três princípios norteadores do tema: (i) **princípio da legalidade**; (ii) **princípio da anterioridade**; e (iii) **princípio da reserva legal**.

Por **legalidade** entende-se que **não há crime sem lei**, e **não há pena sem cominação legal**. É necessária a existência de lei para que uma conduta seja tida como crime. Costumes, por exemplo, não são capazes de criar, modificar ou extinguir tipos penais; somente leis podem o fazer.

É preciso aplicar a interpretação extensiva nesse dispositivo para abarcar, além dos crimes, também as contravenções penais; e além das penas, as medidas de segurança.

No **sentido político**, o princípio da legalidade significa *garantia individual contra abusos do Estado*; no **sentido jurídico**, significa que *não há crime sem lei que o defina*.

Frisa-se, ainda, que a **legalidade material** impede que seja considerado crime a conduta que não *ferre efetivamente interesse juridicamente tutelado* (ou seja, a conduta deve possuir relevância jurídica). E a **legalidade formal** diz que não há crime sem lei formal que tipifique a conduta. Ademais, a **lei penal deve ser escrita, estrita, certa e necessária**.

O **princípio da anterioridade**, por outro lado, significa que essas leis que criam os crimes e cominam as penas devem ser anteriores à prática do fato. Só é possível punir pessoas pela prática de um determinado crime, depois que a lei penal incriminadora já entrou em vigor. Não há crime sem lei **anterior** que o defina, nem pena sem **prévia** cominação legal.

O **princípio da reserva legal**, por sua vez, reza que a lei que cria os crimes e as penas é a lei em sentido estrito, ou seja, não é possível criar crimes ou penas por meio de medidas provisórias ou leis delegadas. A lei que cria o crime deve a lei em sentido estrito, isto é, a lei ordinária ou a lei complementar.

Nota-se que a **vedação de criação de leis penais por medidas provisórias** encontra-se expressa na Constituição Federal:

*Art. 62 da CF. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*

*§ 1º É **vedada a edição de medidas provisórias** sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*

*I – relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*

*[...]*

*b) **direito penal, processual penal** e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*

*[...]*

No entanto, o **STF já admitiu o uso de medidas provisórias para edição de direito penal não incriminador**, isto é, de **normas penais benéficas**.

O art. 2º do CP, por sua vez, dispõe:

### **Lei penal no tempo**

*Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, **aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado**. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Esse dispositivo traz dois institutos importantes ao estudo do Direito Penal. O primeiro é o da **abolitio criminis**, que se encontra disciplinado no caput do citado dispositivo, e ocorre quando **a lei nova deixa de considerar um determinado fato como sendo um fato criminoso** (por exemplo, o art. 240 do CP que trazia o crime de adultério). A consequência jurídica para isso, inclusive, é a extinção da punibilidade, com fulcro no art. 107, III, do CP, mesmo para os fatos em fase de execução com sentença condenatória já transitada em julgado. Ressalta-se, contudo, que os **efeitos penais é que são apagados; mas eventuais efeitos cíveis ainda permanecerão vigentes**.