

DIREITO PENAL

- Professor Gustavo Dias Cintra Mac Cracken

Em 2017, foi publicado, pelo Depen, relatório elucidativo da realidade carcerária. De acordo com o referido relatório: a) apenas 0,5% dos presos possuem ensino superior completo; b) 51,3% dos presos possuem ensino fundamental incompleto; c) a maior parte dos presos é composta de jovens, pretos, pardos e com baixa escolaridade.

Em 2023, a população carcerária é de 832.295, a maior parte dos presos é negra (68,2%) e tem de 18 a 29 anos (43,1%) -Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023.

Segundo dados do IBGE – Censo de 2023 – 55,5% da população brasileira se declara preta ou parda.

Há dados que indicam taxas altas de reincidência (não são dados tão confiáveis, mas variam ao apontar percentuais elevados de 42% até 70%).

HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

- A doutrina tende a identificar o **início do desenvolvimento do Direito Penal em sociedades primitivas em que têm lugar a chamada fase da vingança penal**, dividida em três subfases: a **vingança divina**, a **vingança privada** e a **vingança pública**.
- **VINGANÇA DIVINA**
- O homem nessa fase histórica possuía uma visão limitada de si mesmo e de sua posição no cosmo. Eventos naturais (chuvas, trovões, raios) eram então atribuídos a seres sobrenaturais, que dirigiam a vida das pessoas, premiando-as ou castigando-as, conforme suas ações.
- Tais sociedades eram marcadas pelo inflexível respeito aos **totens**. Um **totem** é qualquer objeto, animal ou planta que seja cultuado como um símbolo ou ancestral de uma coletividade.
- A violação a esses totens eram os chamados **tabus** e seu cometimento gerava punição pelo próprio grupo social, temeroso de ser punido pela divindade.
- **A pena era aplicada pelos sacerdotes, de forma cruel, desproporcional e degradante.**
- Principais (Índia), Cinco Livros (Egito), Livro das Cinco Penas (China) - 180–157 a.C, Avesta (Pérsia), codificações: Código de Manu (1300 e 800 a.c.) entre outros (SMANIO E FABRETTI)

VINGANÇA PRIVADA

A vingança com caráter pessoal: a própria vítima, família ou grupo a que pertencia realizava a vingança.

A vingança privada caracterizava-se por reações violentas, quase sempre exageradas e desproporcionais.

As penas impostas eram a “**perda da paz**” (imposta contra um membro do próprio grupo) e a “**vingança de sangue**” (aplicada a integrante de grupo rival).

A perda da paz importava no banimento do sujeito de seu meio social.

A vingança de sangue, dava início a uma verdadeira guerra entre os agrupamentos sociais.

Com o fortalecimento do poder social, a vingança privada, aos poucos, cedeu lugar à justiça privada, atribuindo-se ao chefe da família, clã ou tribo o poder absoluto de decidir sobre a sorte dos infratores.

Codificações: Código de Hammurabi (Babilônia), Êxodo (Hebreus), Pentateuco, Lei das XII Tábuas (Romanos) (450 A.C), etc.

VINGANÇA PÚBLICA

A função de punir deixa de ser individual e se torna pública, ficando a cargo do Estado, o responsável por assegurar a integridade territorial, política e social de seus súditos.

Apenas aí pode-se falar em pena, não em manifestação de vinganças coletivas ou privadas, como ocorrida anteriormente.

MONARQUIAS ABSOLUTISTAS

O final da Idade Média e início da Idade Moderna é marcado pela dissolução, no século XVI, do mundo feudal e pelo nascimento e consolidação dos Estados Nacionais Absolutistas.

O Direito Penal tem papel fundamental nessa reestruturação do mundo.

Sob a égide desse novo momento histórico o que se tem, de acordo com Foucault (Nascimento da Biopolítica) é a ideia de que, em termo de política interna, os estados, para se conservarem fortes e estáveis, necessitam de **uma regulamentação rígida da vida dos súditos -como e quanto devem produzir, o preço de compra e venda das mercadorias, em suma, um controle extenso e minucioso de toda a atividade produtiva interna.** A essa configuração Foucault denomina “**Estado de polícia**”, corolário interno da razão de Estado

O Direito Penal do **antigo regime** se insere portanto nesse contexto e serve à lógica do “Estado de polícia”.

Ele é um **direito descontrolado**, pois inteiramente adjudicado ao soberano, que, para além de poder criar crimes e penas, pode também preencher a lei com o conteúdo que lhe aprouver.

É um **direito brutal**, pois seu objetivo era diretamente o terror, por meio do suplício.

É um **direito desigual**, pois a nobreza e o clero conservam boa parte dos seus privilégios, inclusive jurídicos, com foros especiais e penas reduzidas. Não há nenhuma igualdade para

ILUMINISMO E LIBERALISMO (SÉCULO XVIII)

O século XVIII foi palco de grandes transformações sociais, políticas e econômicas. Foi nesse momento histórico que ocorreu advento do iluminismo.

O iluminismo é um movimento intelectual de reação ao absolutismo, centrado no **racionalismo**, no **anticlericalismo** e nos **ideais de liberdade, igualdade e fraternidade**, lema da Revolução Francesa.

Também se centra na noção de contratualismo e no antropocentrismo (em contraposição ao teocentrismo antes vigente).

O iluminismo gera o liberalismo clássico, centrado nas ideias de: defesa da liberdade individual, com limitação do poder do Estado pelo império da lei (ou pela *rule of law* anglo-saxã), a igualdade de todos perante a lei, o direito de propriedade, e, em política econômica, prega a livre iniciativa.

O direito penal construído sob o iluminismo é um **Direito Penal liberal**. Sob essa nomenclatura alojam-se variados autores e correntes de pensamento, unidos no entanto pela centralidade do conceito de liberdade individual e pela busca de **controle racional do *jus puniendi* estatal**.

Ocorre a **secularização do direito penal e sua construção como ramo do direito que visa não só punir mas também controlar o exercício do *jus puniendi***.

Principais pensadores do período: Beccaria (Dos delitos e das penas); Jean Jacques Rousseau (Do contrato social), Montesquieu (O Espírito das Leis), Voltaire (O Preço da Justiça e da Humanidade); Jeremias Bentham (Introdução aos Princípios Morais na Legislação); Immanuel Kant (Metafísica dos Costumes); Friedrich Hegel (filosofia do Direito); John Howard, Jean Paul Marat, entre outros.

ESCOLAS PENAIS

Conceito: **“São o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções”** (Jiménez de Asúa)

Escola Clássica

O que se chama de Escola Clássica é, na realidade, uma reunião de pensamentos que carregam traços de similaridade. O termo Escola Clássica foi, na realidade, cunhado, de forma pejorativa, pelos positivistas.

A Escola Clássica tem por principais expoentes: **Cesare Beccaria, Francesco Carrara e Giovanni Carmignani.**

O horizonte teórico dos clássicos se desenvolve desde duas ideais: o jusnaturalismo de Grócio e o contratualismo então em voga (**Rousseau, Locke, Hobbes**). Assim, pode-se dizer que as ideias dos clássicos são desenvolvidas sob uma perspectiva racionalista muito própria do iluminismo.

As ideias fundamentais da Escola Clássica são:

- a) O crime é um ente jurídico, uma criação jurídica;
- b) O livre-arbítrio é inerente ao homem e nele se embasa a possibilidade de punição diante do desvio;
- c) A pena deve ter um caráter retributivo, sendo certo que sua aplicação cumprirá uma função racional e preventiva se os prejuízos decorrentes da pena forem superiores ao benefício do crime (para os clássicos, esse cálculo era feito pelo criminoso quando cumpria a pena). Há de se lembrar, aqui, que essa perspectiva utilitarista não significa a adoção de penas cruéis, fortemente criticadas por Beccaria em seu clássico “Do Delito e das Penas”.
- d) O método adotado é lógico-dedutivo (pois as construções dos clássicos são elaboradas desde premissas, de princípios, não de um caso concreto). É dizer: não se parte de um dado específico da realidade para então e construir uma premissa geral. O movimento é precisamente o contrário. Parte-se do geral para o particular.

São esses, em suma, os pontos mais relevantes da denominada Escola Clássica.

ESCOLA POSITIVISTA

Enquanto a Escola Clássica é resultado dos ideais do Iluminismo, a Escola Positiva também é fruto do momento histórico filosófico preponderante quando do seu surgimento, qual seja o Positivismo do final do século XIX.

Durante essa época, conhecida como período científico, as ciências naturais ganharam novos contornos, influenciadas, principalmente, pelo **positivismo de Auguste Comte e pelas ideias evolucionistas de Darwin e Spencer.**

Os positivistas enxergam o mundo de forma científicista – **a ciência ocupa papel de centralidade na compreensão de todos os fenômenos, estando presa, naquele momento, ao modelo das ciências matemáticas e naturais, que lidavam com conceitos exatos ou observáveis pelos sentidos.**

Influenciados por tal concepção, Lombroso, Ferri e Garofalo protagonizam as elaborações da Escola Positivista.

Destacam-se as seguintes ideias: a) determinismo (em contraposição ao livre-arbítrio); b) a pena tem caráter curativo, baseada na periculosidade – não retributivo; c) método indutivo e empírico.

Terza Scuola Italiana ou terceira escola ou escola eclética

Procurava fundir as demais e, a partir daí, criar uma terceira concepção.

Seu pensamento pode ser sintetizado da seguinte maneira:

- adotaram o método positivista nas ciências penais auxiliares (valendo-se da antropologia e da sociologia), mas utilizaram o método lógico-abstrato na dogmática penal;
- tomaram em conta a culpa moral e a periculosidade — aquela como fundamento da pena para o imputável, esta como a base da medida de segurança aplicada ao inimputável;
- o crime era encarado tanto como ente jurídico quanto como fenômeno natural.

Escola Moderna Correccionalista

Maior expoente: **Pedro Dorado Montero** (1861-1919).

Ideias fundamentais desta Escola:

1 O infrator é um ser incapaz, munido de debilidade, perversidade e que, ao cometer o delito, pratica uma injustiça social.

2 A pena é, assim, um meio para a realização do bem social, baseada em uma política correccional e pedagógica, com a finalidade terapêutica de corrigir a injusta e a perversa vontade do criminoso. Dessa forma, **a pena possui uma função de prevenção especial e tem como objetivo a correção do criminoso.**

-

Escola Técnico-Jurídica

As primeiras ideias da corrente tecnicista surgiram na Alemanha, com Karl Binding. Porém, seu maior desenvolvimento foi alcançado na Itália, onde Arturo Rocco, em 1905 proferiu a famosa aula magna na Universidade de Sassari, onde abordou o problema do método no estudo do Direito Penal.

O Tecnicismo passou por dois momentos históricos:

1) A primeira fase teve como colaboradores Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Massari e Delitala e se caracterizou pela ideia de que análise do direito penal deve ser estritamente dedicada às leis e à exegese, de forma que deve ser afastado o seguimento causal explicativo inerente à antropologia, à sociologia e à filosofia. Por consequência, nega-se a existência do direito natural, bem como da análise do livre arbítrio.

O estudioso do direito deve, então, largar a investigação filosófica e passar a se dedicar aos estudos do direito positivo, com base em técnicas de exegese, dogmática e crítica.

2) A segunda fase teve como colaboradores Maggiore, Giuseppe Beol Petrocelli e Giulio Baaglini e, História do Direito Penal apesar de continuar com uma vertente bem teórica, diferentemente da primeira fase, passou a admitir a existência do direito natural, acolhendo o livre arbítrio a reestruturando a pena em sua perspectiva retributiva.

ESCOLA DA DEFESA SOCIAL

Marcada também por duas distintas fases, a Defesa Social surgiu no século XX

- 1) A primeira Fase foi desenvolvida **por Fillipo Gramatica**, que em 1945 fundou o Centro Internacional de Estudos de Defesa Social. No primeiro momento, sustentava-se que o Direito Penal deveria somar esforços na luta contra a criminalidade, mas vista como fenômeno social. Em vista do ideal de defesa da sociedade, praticava-se a **utilização de medidas de neutralização do indivíduo por prazo indeterminado, o que protege a sociedade**, mas marginaliza e segrega o agente.
- 2) A segunda fase foi desenvolvida por **Marc Ancel**. Com a maturação da sociedade após o período das duas grandes Guerras Mundiais, a Defesa Social, já sob uma perspectiva de **profilaxia criminal**, passou a objetivar **o aprimoramento da sociedade, partindo do melhoramento do indivíduo**. Isso porque **entendia-se que a delinquência era produto de uma disfuncionalidade da organização social**. Assim, o **dever de punir do Estado passou a ser estudado como o dever de agir de forma preventiva e pautado no respeito pela dignidade da pessoa humana (ex: prevenção de crimes, tratamento do menor delinquente e reforma penitenciária)**. Nesse prisma, pregava-se a utilização de medidas educativas, curativas e dosadas em conformidade com as características pessoais do infrator.

Escola moderna alemã

- Tem viés crítico positivista e também é conhecida por Escola de Política Criminal, escola Moderna ou Escola Sociológica;
- Teve seus postulados apresentados em 1881, em uma conferência na Universidade de Marburgo, por Franz Von Liszt (1851-1919);
- Principal trabalho: “Tratado de Direito Penal”.
- Influências: Adolf Merkel e Rudolf Von Ihering;
- O crime é o resultado da cooperação de dois grupos de condições. De um lado, a própria natureza individual do delinquente e, de outro, as condições exteriores, físicas e sociais, sobretudo econômicas que o rodeiam.
- Liszt admite que a pena é necessariamente um mal e lhe empresta a ideia de fim: admite-se a possibilidade de se utilizarem os múltiplos efeitos da ameaça penal e de sua execução para a proteção dos interesses da vida humana, de modo que a pena pode se prestar a várias funções, tais como prevenção especial, prevenção geral, inocuização e ressocialização, pois sustenta que a pena deve se adaptar, em sua espécie e medida, à natureza própria do delinquente.

- (a) Delinquente ocasional: a pena deve procurar impedir, através da privação da liberdade, o cometimento de outros crimes; (b) jovens delinquentes: medidas educadoras; (c) delinquentes momentâneos: basta a recordação da representação intimidadora dos mandados e proibições do Estado com a aplicação de multas; (d) delinquentes por natureza: aqueles com inclinação criminosa arraigada – exige-se inocuização; (e) criminoso em estado incipiente: é aquele que demonstra uma História do Direito Penal inclinação ao crime – deve ser aplicada uma pena duradoura e enérgica, a fim de extirpar-lhe a predisposição criminosa.
- Pressuposto da pena: imputabilidade. Difere a pena da medida de segurança que seria para os inimputáveis.
- “Ciência Total do Direito Penal”: reunia dogmática, criminologia e política criminal.
- A Escola Moderna Alemã destacou-se com contribuições que perduram até hoje: tratamento do adolescente sob uma ótica educativa e assistencial, institutos como o livramento condicional e o sursis.

(FABRETTI E SMANIO)

O positivismo criminológico

- A) constitui uma continuidade da Escola Clássica, aprofundando suas ideias a partir do mesmo paradigma metodológico.
- B) rejeita o viés etiológico ao buscar o desenvolvimento de um plano individualizador da pena.
- C) sofreu um abandono teórico que teve como decorrência a ausência de reflexos em práticas atuais e no direito contemporâneo.
- D) revela, em seus estudos, a primazia do livre-arbítrio na compreensão do fenômeno criminoso.
- E) primou pela aplicação do método científico no qual a observação direta e a experiência assumem papel decisivo.

Assinale a opção que indica escola criminológica que utilizou, entre outros, fundamentos da teoria do contratualismo.

- A) Escola Técnico-jurídica
- B) Escola Clássica
- C) Escola Positiva ou Positivista
- D) Escola Marxista
- E) Escola Correccionalista

A figura do delinquente como um indivíduo que optou pelo mal, mesmo podendo e devendo respeitar a lei, decorre da escola

Alternativas:

- A) moderna.
- B) marxista.
- C) correcionalista.
- D) positivista.
- E) clássica.

As escolas penais são as diversas correntes filosófico-jurídicas sobre crimes e punições surgidas no período moderno. Na compreensão da filosofia e dos princípios que regem o direito penal contemporâneo é preciso que se tenha uma visão do processo histórico que os precedeu. Considere as assertivas abaixo:

- I. A Escola Clássica propugna uma restauração da dignidade humana e o direito do cidadão perante o Estado, fundamentando-se no individualismo. Destaca-se pela aproximação do jusnaturalismo e contratualismo.
- II. A Escola Positiva é uma reação à Escola Clássica e reorienta estudos criminológicos. Opondo-se ao individualismo da Escola Clássica, defende o corpo social contra a ação do agente criminoso, priorizando os interesses sociais em relação aos individuais.
- III. A Escola Correlacionista harmoniza as teorias classicista e positivista. Propugna uma metodologia simplificada do estudo do fenômeno delito e introduz o conceito de humanização da pena.
- IV. A Escola Alemã destaca-se pelo estudo do delito como um fenômeno humano-social e fato jurídico. A pena para esta teoria é finalística, coexistindo o caráter retributivo e preventivo.

Está correto o que se afirma APENAS em

Alternativas

A III e IV.

B I, II e III.

C I, III e IV.

D I, II e IV.

E II.

TEORIA DA LEI PENAL

LEI E NORMA

Para Karl Binding, em compreensão bastante difundida e ainda adotada, são conceitos diversos.

Para o aludido autor, o delinquente não viola propriamente a lei penal, mas com sua conduta infratora das normas dirigidas a todos os cidadãos, ao contrário, realiza exatamente o que a lei prevê como pressuposto para a imposição de pena. Viola, na verdade, algo que está por detrás da lei: a norma jurídica.

A lei corresponde ao enunciado legislativo e a norma refere-se ao comando normativo implícito na lei. Assim, por exemplo, no art. 121 do CP, a lei penal é “Matar alguém. Pena – reclusão, de seis a vinte anos”. A norma penal, por outro lado, é “não matarás”.

Desse trabalho de Binding, objeto de intenso debate, surge a classificação entre normas primárias e secundárias.

As **normas primárias** são aquelas que se dirigem aos cidadãos estabelecendo a proibição de cometer delitos, e as **normas secundárias** são aquelas dirigidas aos juízes, determinando-lhes a imposição de sanções penais para aqueles que os cometem.

Importante observar que, para parte da doutrina, a lei e a norma ostentam uma relação diversa daquela consagrada por Binding, pois aquela é fonte desta. O professor Silva Sánchez, por exemplo, afirma que nem as normas primárias nem as normas secundárias são independentes dos enunciados penais legais. As normas penais, neste sentido, não constituem mais que uma interpretação dos enunciados legais, dos quais podem distinguir-se conceitualmente, mas não quanto ao momento de **surgimento, conteúdo ou natureza**.

Há duas espécies de norma penal: a **norma penal incriminadora** e a **não incriminadora**.

A primeira compreende todos os dispositivos penais que descrevem condutas e lhes cominam uma pena. Compõe-se de **preceito primário** – descrição da conduta proibida – e da **sanção ou preceito secundário** – quantidade e qualidade da(s) pena(s) aplicável(eis).

Seu **comando normativo pode ser proibitivo ou mandamental**.

Nos **crimes comissivos**, a lei penal descreve e pune uma **ação esperando que todos se abstenham de praticá-la**; trata-se de uma **norma proibitiva** (ou seja, a ação prevista em lei é proibida, sob ameaça de pena). Nos **crimes omissivos**, a lei penal **descreve uma omissão (um não fazer), porque espera de todos, naquela determinada situação, um comportamento ativo**; trata-se de uma **norma mandamental** (isto é, a lei penal manda agir, sob pena de, omitindo-se, receber uma pena).

A norma penal **não incriminadora**, por sua vez, subdivide-se em **explicativa ou complementar**, quando fornece **parâmetros para a aplicação de outras normas** (ex.: **o conceito de funcionário público para fins penais do art. 327 do CP**), e **permissiva** (aquela que **consagra excludentes de ilicitude, culpabilidade, dentre outras restrições ao poder punitivo do Estado**)

FONTES DO DIREITO PENAL

Fontes do direito são todas as formas ou modalidades por meio das quais são criadas, modificadas ou aperfeiçoadas as normas de um ordenamento jurídico.

Fontes materiais (de produção): referem-se à gênese da produção da norma. O Estado é a única fonte de produção do Direito Penal. A CF/88, em seu artigo 22, I, estabelece que compete à União legislar em matéria penal.

Excepcionalmente, conforme o art. 22, parágrafo único da CF/88, os estados podem legislar sobre DP: Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Ex.: determinado Estado solicita autorização para União a fim de legislar sobre um crime contra a fauna de um animal específico existente dentro de seus limites territoriais.

Fontes formais (fontes de conhecimento ou cognição): instrumento de materialização das normas, o qual, no âmbito do direito penal, deve sempre ser uma lei formal.

As fontes formais podem ser **(I) imediatas** (é a lei) ou **mediatas (costumes, jurisprudência, doutrina e princípios gerais do direito)**.

Os **princípios gerais do direito e os costumes**, portanto, **somente incidem na seara da licitude penal, ampliando-a**. Circuncisão - art. 23, III, do CP (exercício regular de um direito).

Os **costumes, além disso, representam importante recurso interpretativo**, sobretudo no tocante aos elementos normativos presentes em alguns tipos penais (p. ex., a expressão “ato obsceno” no art. 233 do CP – vide item 3).

Por fim, calha relembrar: os costumes não revogam lei penal.

OBJETIVOS DO DIREITO PENAL

Juarez Cirino dos Santos, sob a inspiração de **Alessandro Baratta** (Criminologia crítica e crítica do direito penal), desenvolve uma distinção de enorme relevância ao abordar os objetivos do direito penal.

Segundo o autor, existem os **objetivos declarados do direito penal**, elaborados pelo **discurso jurídico oficial**, segundo o qual o direito penal teria por objetivo a **proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos**. Assim, o Direito Penal atua de forma a preservar a vida individual e social, por meio da tutela da vida, da integridade física, do patrimônio, etc.

Subsidiariedade e fragmentariedade que afirmam o direito penal como *ultima ratio* (aprofundaremos tais noções ao tratar de princípios).

Mas os **objetivos reais** do direito penal seriam, na realidade, outros, elaborados no seio do discurso jurídico crítico. Importante esclarecer que tal ideia é gestada sob a perspectiva sociológica do conflito gestada por Marx, em sede da qual imperam conceitos como **luta de classes, ideologia, alienação, superestrutura e infraestrutura**.

Assim, na perspectiva das classes sociais e da luta de classes correspondente, **Direito Penal tem por objetivo garantir as estruturas materiais em que se baseia a existência das classes sociais** – o capital (como propriedade privada dos meios de produção e de circulação da riqueza) e o trabalho assalariado (como energia produtora de valor superior ao seu preço de mercado) –, assim como protege as formas jurídicas e políticas que disciplinam a luta de classes e instituem o domínio de uma classe sobre a outra. **Em síntese, se o Direito Penal garante uma ordem social desigual, então o Direito Penal garante a desigualdade social.**

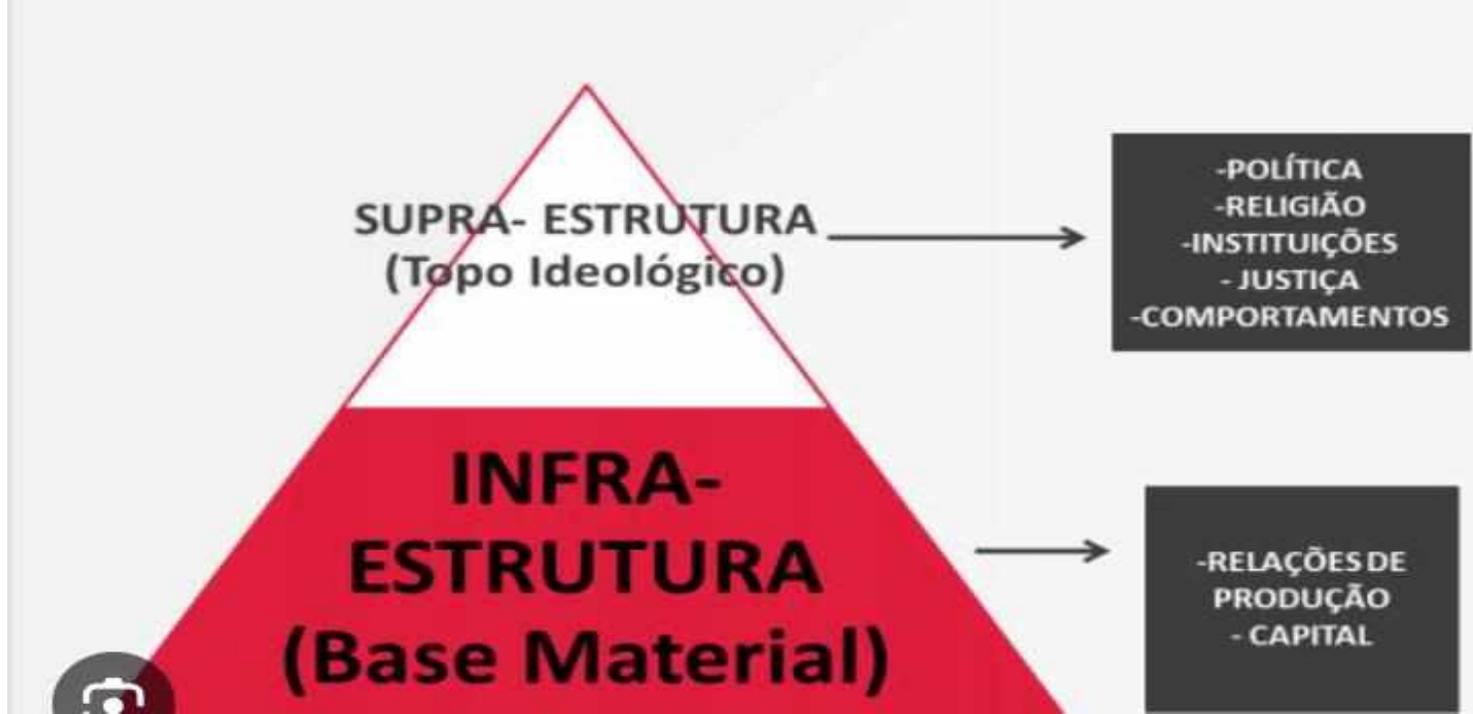
I

Burgueses e proletários¹

→ HISTÓRIA ESCRITA

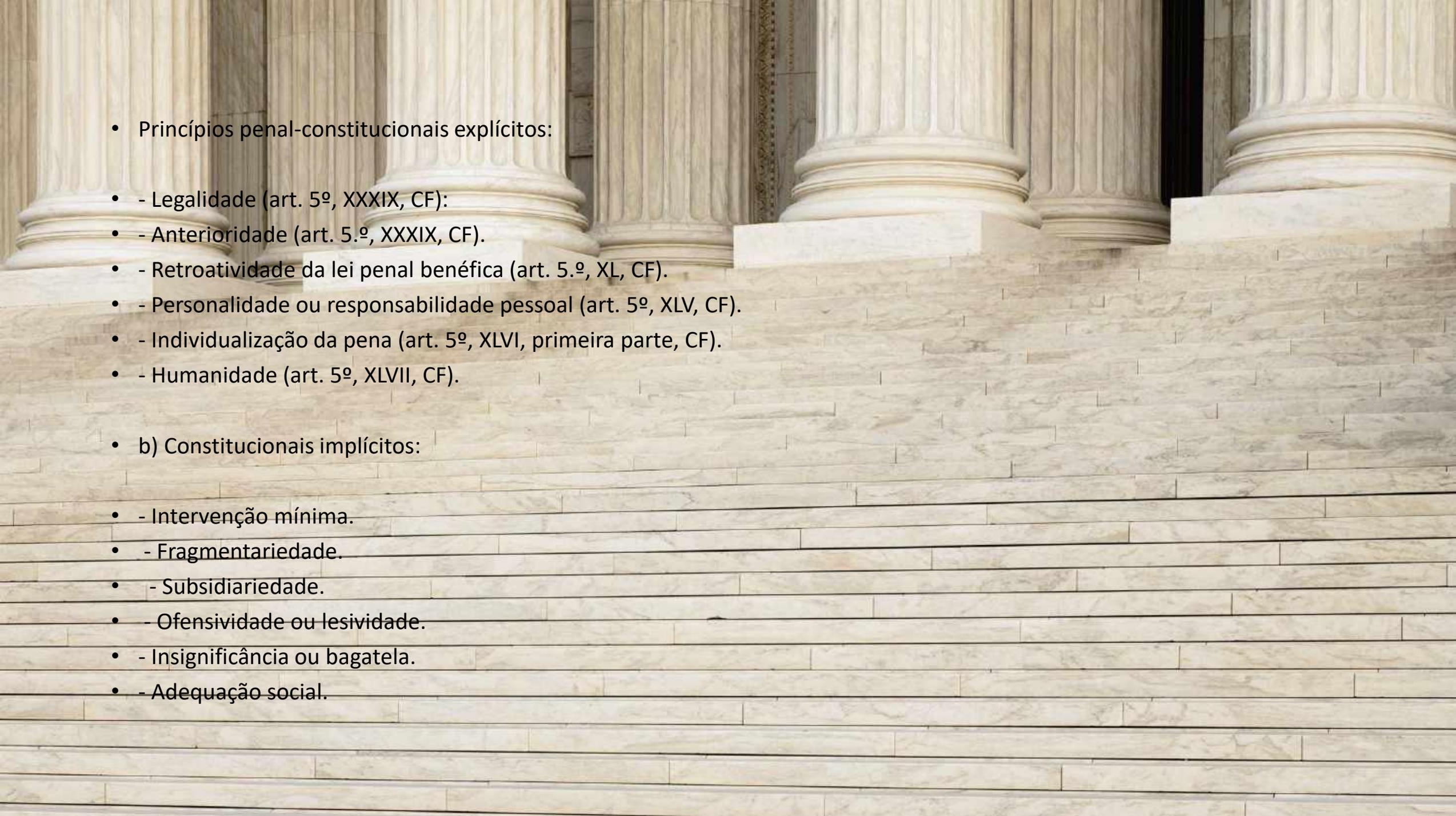
A história de todas as sociedades até hoje existentes² é a história das lutas de classes.

Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor feudal e servo, mestre de corporação³ e companheiro, em resumo, opressores e oprimidos, em constante oposição, têm vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada; uma guerra que terminou sempre ou por uma transformação revolucionária da sociedade inteira, ou pela destruição das duas classes em conflito.



INFRAESTRUTURA : A Infraestrutura é a base material da sociedade, onde ocorrem as relações de trabalho; marcadas pela exploração da força de trabalho no interior do processo de acumulação capitalista

Superestrutura: cultura, a arte, a política, a religião, o sistema legal e a filosofia.



- Princípios penal-constitucionais explícitos:

- - Legalidade (art. 5º, XXXIX, CF):
- - Anterioridade (art. 5º, XXXIX, CF).
- - Retroatividade da lei penal benéfica (art. 5º, XL, CF).
- - Personalidade ou responsabilidade pessoal (art. 5º, XLV, CF).
- - Individualização da pena (art. 5º, XLVI, primeira parte, CF).
- - Humanidade (art. 5º, XLVII, CF).

- b) Constitucionais implícitos:

- - Intervenção mínima.
- - Fragmentariedade.
- - Subsidiariedade.
- - Ofensividade ou lesividade.
- - Insignificância ou bagatela.
- - Adequação social.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

ORIGEM HISTÓRICA: Há muitos que dizem ser a Magna Carta de 1215 (Magna Charta Libertatum), firmada pelo rei João (conhecido como “João Sem Terra”) e que tinha como finalidade justamente limitar o poder monárquico. Outros apontam sua gênese no *Bill of Rights*. Certo é que o princípio vem consagrado em inúmeros diplomas históricos de grande relevância como exemplo a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

FUNÇÕES OU FUNDAMENTOS: Político e Jurídico

A faceta política do princípio da legalidade é justamente a de garantia, ou seja, a de proteger o cidadão contra a violência estatal. Na verdade, o combate ao poder das monarquias absolutistas, como se viu, está na própria origem histórica da ideia de legalidade.

A **faceta jurídica** diz respeito ao efeito dissuasório – prevenção geral negativa – e, ao mesmo tempo, à própria ideia de garantir que os cidadãos saibam quais condutas são proscritas.

Conceito genérico: “*Nullum crimen nulla poena sine lege*”, isto é, não há crime nem pena sem lei. Brocardo que resulta, na realidade, da articulação de três ideias de Feuerbach: *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine e nullum crimen sine poena legali*
O princípio da legalidade – penal - pode ser compreendido à luz de **três subprincípios**:

1) Reserva legal: Exigência de que a legislação penal seja sempre objeto de lei (*lege scripta*)

Código Penal

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Constituição Federal

Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Em suma, a lei é a única fonte direta e imediata do Direito Penal.

Os usos e costumes, por mais arraigados que possam ser em determinada comunidade, não podem embasar a existência de um crime.

Quais espécies normativas podem consagrar normas penais incriminadoras?
Lei Complementar e Lei ordinária.

E Medidas Provisórias?

Art. 62. 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.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

b) direito penal, processual penal e processual civil.

A despeito da proscricção expressa, existe forte entendimento no sentido de que é possível MP versar sobre o direito penal apenas quando favoreça o acusado.

Ex.: o Estatuto do Desarmamento previa um prazo para a entrega de armas. Com o fim do prazo editou-se uma MP que o prorrogou, beneficiando as pessoas, eis que a tipicidade do fato era afastada.

RE 254818, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 08/11/2000, Publicação: 19/12/2002

2) Anterioridade

A lei seja anterior ao ato (*lege praevia*). É dizer: somente merecerá punição o comportamento praticado sob a égide da lei que o tipifica.

A incriminação de comportamentos anteriores à vigência da lei destrói por completo a segurança jurídica que se pretende adquirir com a legalidade.

3) *Lege Scritta* (proibição da analogia *in malam partem*): A interpretação do tipo penal, além da verificação do juízo de tipicidade, deve ser estrita, assim, conseqüentemente, o direito penal veda o uso da **analogia incriminadora – analogia *in malam partem*. Não há vedação à analogia *in bonam partem*.**

O art. 269 do CP diz: “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Em alguns povoados do Nordeste, que por serem muito longe dos centros urbanos não têm médicos suficientes, motivo pelo qual a chefia do posto de saúde local é entregue à enfermeira. Se essa enfermeira, responsável pelo posto de saúde, deixa de denunciar às autoridades públicas alguma doença de notificação compulsória da qual toma conhecimento, haverá, sem sombra de dúvidas, um perigo de lesão ao bem jurídico saúde pública, que é exatamente o mesmo que existiria se o responsável pelo posto de saúde fosse um médico que não denunciasse a doença. Entretanto, somente o médico responderia pelo crime do art. 269 e a enfermeira, na mesma situação, não. O princípio da legalidade impede que se estenda à enfermeira, por analogia, a obrigação legal imposta ao médico, ainda que haja exatamente o mesmo perigo ou dano ao bem jurídico tutelado, pois a lei – fonte única de criminalização – impôs a obrigação somente ao médico e não à enfermeira.

Não se deve confundir analogia com interpretação analógica.

A interpretação analógica consiste no uso, pelo legislador, de uma forma genérica que se presta a identificar várias situações específicas, regidas por exemplos casuísticos colocados previamente (Fernando Galvão, Direito penal, p. 73), como ocorre com o art. 121, § 2o, IV, do Código Penal.

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

Também há distinção entre interpretação analógica, analogia e interpretação extensiva.

Por meio da interpretação extensiva, extrai-se da lei existente o máximo de seu significado e alcance possível. Exemplo: extorsão mediante sequestro – engloba, evidentemente, o cárcere privado.

4) Princípio da Taxatividade

O princípio da taxatividade veda os tipos vagos:

Ex: o Código Penal alemão de 1935 estatuiu, em clara ofensa à taxatividade: “Será punido quem comete um ato que a lei declara como punível ou que merece pena de acordo com a ideia fundamental da lei penal e de acordo com o sentimento sadio do povo”.

Tipo vago é distinto dos tipos abertos, aqueles que contêm elementos normativos que exigem valoração do aplicador da norma (*p. ex.: art. 233 – Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público*). Entende-se, majoritariamente, que são constitucionais, mas há quem entenda pela inconstitucionalidade (CUNHA LUNA).

Junqueira aponta a existência de tipos vagos em nosso ordenamento. Leia-se:

*“O crime de violência psicológica contra a mulher (art. 147-B), introduzido no Código Penal pela Lei n. 14.188, de 28 de julho de 2021. Não obstante reconheçamos a importância de proteger, até mesmo com a tutela penal, o bem jurídico consistente na liberdade psicológica da mulher em situação de violência doméstica, o figurino típico trazido pela lei é exemplo claro de **má técnica legislativa e de violação ao princípio em comento ao criminalizar toda conduta que, por qualquer meio, “cause prejuízo à sua saúde psicológica ou autodeterminação”**”.*

NORMAS PENAIS EM BRANCO

Franz Von Liszt afirma que as normas penais em branco são como corpos errantes em busca de alma.

Toda lei incriminadora possui um preceito primário e um preceito secundário. Na norma penal em branco o preceito secundário é, via de regra, completo, mas o preceito primário é incompleto, dependendo de uma complementação.

Homogênea ou *lato sensu*: É aquela que possui como complemento um ato de igual natureza jurídica da norma penal a ser complementada. Em suma, o complemento é uma outra lei.

Por exemplo: o art. 237 do CP pune a conduta daquele que contrai casamento tendo ciência da existência de impedimento que lhe cause nulidade absoluta, sendo que tais nulidades não são definidas pelo Código Penal, mas constam do Código Civil.

As **leis penais em branco homogêneas** ainda podem ser classificadas como **homovitelinas** ou **heterovitelinas**: homovitelinas, se o complemento está no mesmo diploma legislativo, como o conceito de funcionário público, que está ao lado do crime de peculato no Código Penal; heterovitelinas, se o complemento está em diploma legislativo diverso, como no já mencionado caso do art. 237 do Código Penal, cujo complemento (impedimentos absolutos) está no Código Civil.

Heterogênea, *stricto sensu* ou fragmentária: A norma penal em branco é complementada por um complemento de natureza distinta (v.g., decreto, portaria, regulamento) e/ou emanada de órgão distinto. Exemplo dessa espécie são os tipos previstos na Lei de Drogas (n. 11.343/06). Embora todos os tipos nela contidos digam respeito à elementar “drogas”, o que dá conteúdo a esse conceito é a Portaria n. 344/98, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e permanentemente atualizada, com a introdução de determinadas substâncias e exclusão de outras.

Normal penal incompleta, imperfeita ou secundariamente remetida; norma penal em branco invertida, ao avesso ou ao revés: aquela em que é o preceito secundário que necessita de complementação.

Exemplo dessa modalidade são os tipos contidos na Lei n. 2.889/56, que define os crimes de genocídio e que, ao invés de estipular diretamente a sanção, remete às penas previstas no Código Penal.

Questão que se coloca é: a norma penal em branco heterogênea é compatível com o princípio da legalidade e, portanto, constitucional?

A quase integralidade da doutrina responde afirmativamente à questão. **Exceção é Basileu Garcia**, para quem na seara de tal espécie de lei penal “a norma surge tão difusa e imprecisa que obriga a intrincadas averiguações para positivar-se a existência ou não do crime”.

Figueiredo Dias, em posição intermediária, propõe que a aferição da constitucionalidade da norma seja a sua determinabilidade. Ou seja, o conteúdo da norma penal incriminadora, mesmo que não seja determinado, deve ser objetivamente determinável, o que de certa forma permitirá a dirigibilidade da conduta dos cidadãos, pois estes saberão quais condutas serão censuradas.

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA OU DA *ULTIMA RATIO*

O referido princípio significa que **o Direito Penal, pela violência que lhe é imanente, deve ser reservado como última medida de controle social.**

Dito de outra forma, **o Direito Penal deve ser o último recurso ao qual o Estado recorre para proteger determinados bens jurídicos e somente quando outras formas de controle não forem suficientes para alcançar tal resultado.**

A Política Criminal (estratégias políticas de redução da violência intrassocial) não pode ficar reduzida ao Direito Penal (incriminação e sanção de condutas com emprego, majoritariamente, da pena corporal) e nem mesmo tê-lo como seu primeiro e principal recurso.

Luiz Regis Prado afirma que ***o uso excessivo da sanção criminal não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa*** (Curso de direito penal brasileiro, 2007, p. 120).

A criminologia nos ensina que o direito penal é profundamente ineficaz, em especial à luz de outras estratégias – redução das desigualdades, acesso à informação, educação, capacitação, etc).

Exemplo empírico:

Em 2012, o Uruguai tornou-se o segundo país da América Latina a adotar o sistema de prazos, permitindo a realização do aborto, desde que respeitado o procedimento legal de assistência e aconselhamento, até a 12ª semana de gestação.

No primeiro ano de vigência da lei, segundo as cifras oficiais, 6.676 abortos foram realizados licitamente, enquanto noticiou-se apenas um único caso de morte em decorrência de aborto clandestino (uma mulher morreu em decorrência de aborto autoprovocado com agulhas de tricô). Não houve aumento no número de abortos realizados em relação ao cenário anterior e, em contrapartida, o número de mortes maternas por complicações decorrentes de aborto caiu quase a zero, segundo dados oficiais publicados pelo Ministério da Saúde do Uruguai.

PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

Foi registrado pela primeira vez por Karl Binding, em seu Tratado de direito penal alemão comum (1896). Curiosamente, nessa abordagem Binding, na realidade, condena esse caráter fragmentário – para o aludido penalista, conservador e retribucionista, o direito penal deveria tutelar de forma homogênea e integral os bens jurídicos.

De todo modo, o princípio passou a ser desenvolvido sob ótica diversa.

Segundo o princípio da fragmentariedade, diretamente ligado ao princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve proteger apenas os bens jurídicos mais relevantes contra os ataques mais violentos.

PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Só é legítima a intervenção penal quando outros ramos do direito fracassarem na proteção do bem jurídico.

PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO A BENS JURÍDICOS

Só compete ao Direito Penal tutelar bens jurídicos penais e não meros valores morais, éticos, políticos ou religiosos, por exemplo.

Birnbaum, em sua célebre obra a respeito da tutela da honra, publicada em 1834, é o pai do conceito, antes trabalhando como “direito subjetivo” por Feuerbach.

Saber reconhecer se há ou não um bem da vida ofendido pela conduta permite olhar criticamente para o ordenamento jurídico e depurá-lo de tipos ilegítimos, que não se prestam à proteção de tais bens.

Trata-se, portanto, de um instrumento de contenção à criação e aplicação de normas incriminadoras. O legislador não pode criar crimes sem justificá-los com o risco ou lesão um bem jurídico. Ao aplicar a norma incriminadora, o juiz deve restringir seu alcance à verificação de risco ou lesão ao bem jurídico.

Atualmente, ocorre um fenômeno da espiritualização ou desmaterialização do bem jurídico (tutela da “segurança viária”, da “saúde pública”, da “saúde fiscal do estado”).

Com isso, o conceito de bem jurídico vai perdendo o seu rendimento crítico e tornando-se uma noção vazia e de utilidade apenas retórica.

FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO BEM JURÍDICO

- a) Função fundamentadora: Não existe crime sem bem jurídico. Este dá fundamento, substrato, ao crime.**
- b) Função sistemática: Permite uma ordenação coerente dos distintos delitos em diferentes títulos e capítulos do Código Penal, facilitando assim sua interpretação.**
- c) Função interpretativa: O bem jurídico fornece o critério mais confiável para delimitar conceitos e aclarar os termos utilizados pelo legislador na descrição típica;**
- d) Função crítica (ou político-criminal): Dessa perspectiva pode-se questionar a atividade legislativa e jurisdicional, objetando as interpretações ou postulando a derrogação dos preceitos penais puramente formais, isto é, sem lesividade possível.**

PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU DA LESIVIDADE

O princípio da ofensividade, também chamado por alguns de princípio da lesividade (*nullum crimen sine injuria*), significa que não há crime sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado.

O princípio ostenta duas grandes consequências:

- 1) Uma: **impede a incriminação de mera atitude interna.**
- 2) Duas: **impede a incriminação de condutas que, mesmo que exteriorizadas, não cheguem ao ponto de colocar em risco qualquer bem jurídico, como os atos preparatórios ou as condutas que em si mesmas não tenham qualquer potencial lesivo.**

Nesse sentido, importante relembrar o seguinte entendimento jurisprudencial:

É atípica a conduta daquele que porta, na forma de pingente, munição desacompanhada de arma.

STF. 2ª Turma. HC 133984/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 17/5/2016 (Info 826).

QUESTÃO TORMENTOSA DIZ RESPEITO À CONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO ANTE O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE] – NESSA ESPÉCIE DE CRIME O PERIGO É PRESUMIDO DE FORMA ABSOLUTA.

Prepondera o entendimento de que são constitucionais, porquanto seriam legítima estratégia de repressão. Leia-se a respeito:

Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Porte ilegal de arma de fogo desmuniçada. Art. 14 da Lei n. 10.826/2003. Perigo abstrato. Tipicidade da conduta. Agravo desprovido. **Esta Corte Superior firmou seu entendimento no sentido de que o porte de arma desmuniçada insere-se no tipo descrito no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, por ser delito de perigo abstrato, cujo bem jurídico é a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante a demonstração de efetivo caráter ofensivo. Agravo regimental desprovido** (STJ, AgRg no REsp 1.360.157, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJSE), 5ª T., j. em 4-6-2013, DJe 7-6-2013).

Há doutrina em contrário: Luiz Flávio Gomes, por exemplo.

E há, ainda, quem defenda outra posição – Junqueira e Vanzolini: defendem a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, no caso em que haja “perigosidade real ou concreta”.

Escrevem: *“Ou seja, concordamos que o princípio da ofensividade não seja considerado incompatível com os crimes de perigo abstrato (tal qual a posição dominante na jurisprudência), mas desde que exista na conduta alguma perigosidade concreta.”*

ROGÉRIO SANCHEZ:

No crime de perigo abstrato de perigosidade real, o risco ao bem jurídico tutelado deve ser comprovado, dispensando vítima certa e determinada. É indispensável a superação de um determinado risco-base ao bem jurídico protegido. Vamos trabalhar essa discussão com o auxílio de um exemplo: sabemos que o crime de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) é de perigo. Mas de qual espécie? Se de perigo abstrato (ou puro), basta a condução de veículo sob efeito de álcool, pois o risco advindo da conduta é absolutamente presumido por lei (haverá crime ainda que ausente a condução anormal do veículo). Se de perigo concreto, deve ser comprovado que a conduta gerou risco (condução anormal do veículo), periclitando vítima certa e determinada. **Se de perigo abstrato de perigosidade real, exige-se a prova de condução anormal (rebaixando o nível de segurança viário), mas dispensa a demonstração de perigo para vítima certa e determinada.** Sem essa perigosidade real para a coletividade, que é concreta, caracteriza mera infração administrativa”.

PRINCÍPIO DA ALTERIDADE OU DA TRANSCENDÊNCIA

É o princípio segundo o qual apenas será objeto de tutela penal a conduta que atingir bens jurídicos alheios. Por outras palavras: para que tenha relevância penal, o ato deve transcender a esfera individual do autor, atingindo interesse de outro (alter).

A auto lesão não é crime, tampouco o é a tentativa de suicídio, por exemplo.

Evidente que, quando tutelado bem jurídico diverso, a autolesão, por ex, pode ser criminosa:

art. 171, § 2º, V, do CP (autolesão para fraudar seguro)

CPM

Criação ou simulação de incapacidade física

Art. 184. Criar ou simular incapacidade física, que inabilite o convocado para o serviço militar:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Esse princípio está no centro do debate a respeito da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006

RE 635.659 – da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Embora o princípio da alteridade não seja nominalmente citado no texto constitucional, ele deflui diretamente dos valores agasalhados pela Constituição e pelo Estado Democrático de Direito. O art. 5º, X, da Carta Magna considera **invioláveis a intimidade e a vida privada**. Tal dispositivo protege as escolhas dos indivíduos no âmbito privado, desde que não ofensivas a terceiros.

PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Vedação da responsabilização objetiva – ou seja, impossibilidade de responsabilização criminal sem a presença do elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa).

Lembrar das várias acepções da palavra “culpabilidade” (enquanto circunstância judicial, princípio e elemento constitutivo do crime ou, para um conceito bipartido de crime, requisito de aplicação de pena).

Até a Idade Média notava-se, em diversos documentos jurídicos, a existência **do *versari in re illicita***, isto é, **“responsabilidade por fatos causados por uma conduta ilícita, mas que não foram previstos ou queridos, e nem eram previsíveis”**.

Seu fundamento constitucional está na Constituição, em que é previsto implicitamente:

LVII do art. 5º (“ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”).

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O princípio da adequação social (idealizado por Welzel) afirma que o desenvolvimento de ações praticadas com o oportuno dever de cuidado e que estejam completamente inseridas nos referenciais normativos da vida comunitária, que se configuraram historicamente, não realiza o tipo delitivo, ainda que afetem bens jurídicos.

Não é acolhido no âmbito da jurisprudência.

Súmula 502 do STJ: Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs "piratas". Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, em 23/10/2013.

PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA, DA PERSONALIDADE OU DA PESSOALIDADE DA PENA

A pena não pode jamais transcender a pessoa que foi a autora ou partícipe do delito.

A pena de multa não se transmite, pois a multa ostenta natureza penal.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância postula que nem toda agressão merece reprimenda penal, mas apenas aquela que afetar os bens jurídicos de forma relevante, apta a justificar a intervenção penal.

ORIGEM

Surgiu no Direito Romano, que consagrou a expressão *de minimis non curat praetor*, segundo a qual os pretores não cuidam daquilo que é irrelevante/mínimo. Destaca-se que, aqui, era utilizado apenas para o direito privado.

O princípio mais amadurecido foi fruto da obra de Roxin (funcionalismo teleológico).

O princípio se constrói a partir de uma concepção material de delito que pressupõe a existência de uma tipicidade formal e uma tipicidade material, sendo que é insignificante a conduta que, a despeito de sua tipicidade formal, enseja lesão ínfima, insignificante ao bem jurídico penalmente tutelado.

A jurisprudência, em especial dos tribunais superiores, reconhece, de há muito, a existência e aplicabilidade do princípio, sendo que o STF, em paradigmático precedente, elaborou os requisitos de sua aplicação, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta do paciente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O STF já decidiu que a **condição de reincidente do réu não é suficiente para afastar o princípio da insignificância. HC 123.108 - STF**

Em casos nos quais se julga que os aspectos pessoais do autor no caso concreto impedem a aplicação do princípio da insignificância, já se reconheceu a **incidência do referido princípio ao menos para abrandar o rigor do regime de cumprimento da pena (HC 137.217/MG – STF)**

Furto qualificado e insignificância: tribunais superiores ainda não pacificaram o tema – há decisões admitindo - HC 553.872-SP (STJ) – **É o caso concreto, não a tipologia abstrata, que deve ser vetor para análise do cabimento da insignificância.**

Insignificância e crime de porte de drogas para uso próprio: há precedentes aplicando, muito embora sejam minoritários (HC 110.475 – STF)

Quanto ao crime de porte de drogas para uso pessoal no âmbito militar, é hoje bastante pacífica a inadmissibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao art. 290 do CPM

Outros pontos:

1) Súmula 589 do STJ: *É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticadas contra a mulher no âmbito das relações domésticas.*

2) Súmula 599 do STJ: *O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública.*

Ressalta-se, contudo, que na Edição 220 da Jurisprudência em Teses, disponibilizada em 01/09/2023, o STJ elaborou a seguinte tese:

É possível, excepcionalmente, insignificância aos crimes praticados contra a administração pública quando for ínfima a lesão ao bem jurídico tutelado.

Na mesma ocasião, o STJ também formulou a tese de inaplicabilidade do princípio ao crime de estelionato contra a administração pública, *in verbis*:

O princípio da insignificância é inaplicável ao crime de estelionato cometido contra a administração pública, uma vez que a conduta ofende o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública, e possui elevado grau de reprovabilidade.

4) Súmula 606 do STJ: *Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência.*

5) O STF, a depender do caso concreto, já reconheceu a incidência do princípio da insignificância para o crime de posse ou porte ilegal de pouca quantidade de munição desacompanhada da arma. Leia-se:

I – Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22. II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/2003. III – Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. (...). STF. 2ª Turma. RHC 143449, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/09/2017.

O STJ, na Edição 219 da Jurisprudência em Teses, disponibilizada em 18/08/2023, apresentou a seguinte tese

É possível aplicar o princípio da insignificância aos delitos de porte ou posse de munição de uso permitido ou restrito esteja desacomito, desde que a quantidade apreendida seja pequena panhada de armamento apto ao disparo e as circunstâncias do caso concreto demonstrem a ausência de lesividade da conduta.

6) Prevalece que não é aplicável ao delito de pesca em época proibida, mas já houve reconhecimento pelo STJ – lembrar disso, evitando afirmar o total descabimento.

7) A doutrina entende possível que a autoridade policial aplique o princípio, mas o STJ já entendeu inviável, afirmando que cabe ao Poder Judiciário fazê-lo. Leia-se:

“O juízo acerca da incidência do princípio da insignificância é realizado apenas em momento posterior pelo Poder Judiciário, de acordo com as circunstâncias atinentes ao caso concreto.” (STJ. HC 154.949/MG. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 03/08/2010).

PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA

É princípio elaborado desde a perspectiva funcionalista teleológica de Roxin, centrada que é na ideia de fazer a política criminal penetrar a dogmática, moldando seus institutos.

Daí nasce a ideia de “responsabilidade”, composta **pela culpabilidade e pelas necessidades preventivas da pena.**

A responsabilidade depende de dois dados, que devem adicionar-se ao injusto: a culpabilidade do autor, e a necessidade preventiva de intervenção penal, que se extrai da lei.

A bagatela imprópria consiste na possibilidade de não responsabilização do acusado quando se conclui pela desnecessidade da pena (pois, no caso, concreto, não cumprirá nenhuma função preventiva benéfica).

O instituto é raramente aplicado no âmbito jurisprudencial.

PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

É consectário da isonomia, pois infrações penais e infratores desiguais devem ser tratados na medida de desigualdade.

Atualmente, prevalece que a individualização da pena deve respeitar **três fases**:

Na **cominação legislativa**: a deve ser respeitada a proporcionalidade entre a gravidade do crime e a pena prevista, ou seja, crimes mais graves devem sofrer sanções mais severas.

Na **aplicação da pena**, o juiz deve obedecer ao critério trifásico e utilizar os limites do preceito secundário para diferenciar, em cada caso concreto, a pena para fatos que incidam no mesmo tipo penal.

Na **execução da pena**, que tem a finalidade preponderante de reinserção social (art. 1º da LEP), a pena deve ser cumprida em local adequado às peculiares circunstâncias do condenado, e privilégios e castigos devem variar de acordo com o comportamento do reeducando.

art. 5º da CF:

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...)

PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS

Fundamento: (art. 5º, XLVII e XLXIX):

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

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

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO *BIS IN IDEM*

“Ne bis in idem”.

Não se pode punir duplamente alguém pelo mesmo fato.

LEI PENAL NO ESPAÇO

*Art. 6º - Considera-se praticado o crime no **lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.** (aplicação para crimes à distância)*

A adoção da teoria da ubiquidade impede a formação de vazios ou “pontos cegos”, situação que poderia apresentar-se caso o país no qual foi praticada a conduta acolhesse a teoria do resultado, e aquele em que ocorreu o resultado acolhesse a teoria da atividade.

- a) Teoria da Atividade ou da Ação: considera praticado o crime no lugar em que ocorreu a conduta.*
- b) Teoria do Resultado ou do Evento: considera praticado o crime no lugar em que ocorreu a produção do resultado.*
- c) Teoria Mista, Unitária ou da Ubiquidade (ADOTADO ENTRE NÓS NO DP): considera praticado no lugar em que ocorreu a conduta, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado (é a do CP).*

Há 2 vetores fundamentais para se analisar a lei penal no espaço, quais sejam:

1) **Territorialidade (art. 5º do CP)**: é a regra geral, aplica-se a lei penal brasileira aos crimes cometidos no território nacional.

2) **Extraterritorialidade (art. 7º do CP)**: é a exceção, aplica-se a lei penal brasileira aos crimes cometidos no exterior.

1) TERRITORIALIDADE

Território brasileiro:

a.1) superfície terrestre (solo, subsolo e águas interiores): trata-se do solo ocupado, sem solução de continuidade e com fronteiras reconhecidas;

a.2) mar territorial: é a área composta de uma faixa ao longo da costa na extensão de 12 milhas marítimas, conforme o disposto na Lei n. 8.617/93;

a.3) espaço aéreo correspondente: também integra o território brasileiro toda a coluna atmosférica subjacente à superfície terrestre e ao mar territorial, nos termos da Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica):

CP, art. 5º, § 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

§ 2º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

- a) Embarcações e aeronaves brasileiras de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, em território nacional ou estrangeiro, são consideradas parte do território brasileiro;
- b) Embarcações e aeronaves estrangeiras privadas, em território nacional, será aplicável a lei brasileira;
- c) Embarcações e aeronaves privadas, em alto-mar ou espaço aéreo correspondente seguirão a lei do país conforme a bandeira que ostentam;

Embarcação ou Aeronave Brasileira Pública ou a serviço do Governo	Em território brasileiro	É território brasileiro
	Em alto-mar	Em alto-mar
	No estrangeiro	No estrangeiro
Embarcação ou Aeronave Brasileira Privada	Em território brasileiro	É território brasileiro
	Em alto-mar	É território brasileiro
	No estrangeiro	É território estrangeiro
Embarcação ou Aeronave Estrangeira Pública ou a serviço do Governo	Em território brasileiro	É território estrangeiro
	Em alto-mar	É território estrangeiro
	No estrangeiro	É território estrangeiro
Embarcação ou Aeronave Estrangeira Privada	Em território brasileiro	É território brasileiro
	Em alto-mar	É território estrangeiro
	No estrangeiro	É território estrangeiro

Extraterritorialidade

Aplicação da lei brasileira a crime cometido no estrangeiro.

Pode ser: (I) Incondicionada: aqui, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro (7º, inciso I do CP).

São as seguintes hipóteses:

Princípio da defesa ou da proteção (considera o bem jurídico protegido ser nacional):

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;

Princípio da justiça universal, da justiça cosmopolita, da competência universal, da jurisdição universal, da jurisdição mundial, da repressão mundial ou da universalidade do direito de punir (bem jurídico de interesse transnacional):

d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

(II) Condicionada:

aqui, o agente é punido segundo a lei brasileira casos previstos no artigo 7, II, do CP, se preenchidas as condições descritas no §2º do artigo 7º do CP, quais sejam:

a) entrar o agente no território nacional;

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;

c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;

d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

A doutrina classifica as alíneas do art. 7º, II, do CP (hipóteses de extraterritorialidade condicionada) como expressivas dos seguintes princípios:

Princípio da justiça universal, da justiça cosmopolita, da competência universal, da jurisdição universal, da jurisdição mundial, da repressão mundial ou da universalidade do direito de punir (bem jurídico de interesse transnacional).

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;

Princípio da nacionalidade (ou personalidade) ativa (autor brasileiro)

b) praticados por brasileiro;

Princípio da representação, bandeira, pavilhão, subsidiário ou da substituição (não havendo outro critério, prevalece o fato de ser a bandeira brasileira)

c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

(III) (Hiper)condicionada: A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições antes previstas (extraterritorialidade condicionada), se verificarem, ainda, as condições do §3º do art. 7º do CP.

a) não foi pedida ou foi negada a extradição; Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984

b) houve requisição do Ministro da Justiça. Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984

Pena cumprida no estrangeiro CP, art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

Eficácia de sentença estrangeira (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - sujeitá-lo a medida de segurança.(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A homologação depende: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A sentença estrangeira não depende de homologação para produzir reincidência, impedir a obtenção de *sursis* ou para aumentar o período para concessão de livramento condicional.

Quanto ao cumprimento de penas aplicadas no exterior, o mecanismo do qual cada país deve se valer é a extradição, já que se trata de assunto estritamente ligado à soberania de cada nação, de modo que cada Estado não deve delegar a outro o dever de cumprir penas criminais.

A Lei de Migração autoriza excepcionalmente essa possibilidade, por meio dos institutos da transferência de execução de pena (ou extradição executória) e da transferência de pessoas condenadas – arts. 100 a 105.

LEI PENAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS

Imunidades diplomáticas: - Existem dois documentos internacionais que regulam o assunto: a **Convenção Internacional de Havana**, sobre Funcionários Diplomáticos, de 1928 (“Código de Bustamante”), promulgada no Brasil pelo Decreto n. 18.956/29; e a **Convenção Internacional de Viena de 1961**, sobre Relações Diplomáticas, promulgada por meio do Decreto n. 56.435/65.

São detentores dessa imunidade:

- Chefe de governo ou de Estado estrangeiro e sua família e membros da comitiva;
- Embaixador e sua família;
- Funcionários do corpo diplomático e sua família;
- Funcionário de organizações internacionais, quando em serviço (ex.: ONU, OEA)

Em razão dessa imunidade, tem-se:

- a) Inviolabilidade pessoal - Não podem ser presos, nem obrigados a prestarem depoimento como testemunhas.
- b) Isenção da jurisdição - O agente diplomático goza de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Se o fato for impunível no país de origem, o agente não será responsabilizado. O diplomata não pode abrir mão de sua imunidade, mas o país sim (o Estado acreditante).

c) Inviolabilidade de domicílio - A Convenção de Viena estabelece que as sedes diplomáticas e as residências dos membros da missão são invioláveis. Contudo, **não são consideradas extensões do território estrangeiro.**

De há muito, não se aceita a tese da extraterritorialidade destes locais, não só no Brasil, mas também no plano mundial.

Crime que ali ocorre, ocorre em território nacional.

A imunidade abrange os membros do pessoal administrativo e técnico da missão, bem como sua família residente no país acreditado, desde que não sejam nacionais do Estado acreditado nem nele tenham residência permanente (art. 37, 2, Convenção de Viena). Contudo, estão excluídos das imunidades os empregados particulares dos diplomatas.

Os cônsules e empregados consulares ostentam imunidade relativa. Suas imunidades são relativas e têm como diploma fundamental a Convenção Internacional sobre Relações Consulares, firmada em Viena, e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 61.078/67. Somente crimes relacionados às funções.

Imunidades parlamentares

Imunidade parlamentar absoluta (substancial, material, real, inviolabilidade). - Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53, “caput”, CF).

De acordo com doutrina majoritária, é causa de atipicidade. As falas dos congressistas, mesmo quando desbordem e se enquadrem em tipos penais, as palavras desde que guardem alguma pertinência com suas funções parlamentares, estarão cobertas pela imunidade material do art. 53, “caput”, da CF/88.

QUEIXA-CRIME – REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL – VÍCIO. A falta de identificação, no instrumento de mandato – procuração –, dos fatos criminosos e a circunstância de a peça acusatória ser subscrita por profissional da advocacia, ausente aposição da assinatura de querelante, configuram vício na representação processual – inteligência do artigo 44 do Código de Processo Penal. **DENÚNCIA – IMUNIDADE PARLAMENTAR.** A imunidade parlamentar pressupõe nexó de causalidade com o exercício do mandato. Declarações proferidas em razão do cargo de Deputado Federal encontram-se cobertas pela imunidade material – artigo 53 da Constituição Federal.

(Pet 7872, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 22-09-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 02-10-2020 PUBLIC 05-10-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-047 DIVULG 11-03-2021 PUBLIC 12-03-2021)

Segundo a jurisprudência do STF a imunidade não abrange crimes eleitorais (injúria, calúnia, difamação em época de eleição).

Imunidade parlamentar relativa (formal):

Relativa em relação à prisão

(art. 53, § 2º, CF): Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Regra: parlamentares não poderão ser presos provisoriamente (prisão em flagrante, preventiva, temporária).

A prisão decorrente de sentença definitiva não está abrangida por esta imunidade relativa.

Relativa em relação ao processo:

Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o STF dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

Quanto à condição de testemunha (art. 53, § 6º, da CF):

Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

Por fim, lembrar:

- 1. Deputados estaduais gozam dos mesmos privilégios que os federais (imunidade substantiva e processual) (art. 27, § 1º, CF).**
- 2. Vereadores somente têm imunidade substantiva, desde que suas opiniões, palavras e votos sejam proferidos no exercício do mandato (nexo material) e na circunscrição do Município (critério territorial) (art. 29, VIII, CF)**

Imunidade judiciária do advogado

A terminologia relaciona-se ao preceito contido no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia):

Art. 7º (...)

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer (Vide ADIN 1.127-8).

LEI PENAL NO TEMPO

TEMPO DO CRIME

Considerando-se a possibilidade de conduta e resultado estarem distanciados no tempo, três teorias podem ser adotadas:

- a) **Teoria da atividade:** leva em consideração o momento da prática da ação ou omissão.
- b) **Teoria do resultado:** leva em conta o momento da produção do resultado.
- c) **Teoria mista:** leva em conta tanto o momento da ação ou omissão quanto o momento do resultado.

Quanto ao tempo do crime, prevalece a teoria da **atividade**.

art. 4º do Código Penal: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

A teoria do tempo do crime é relevante para a verificação de inúmeros aspectos relacionados ao crime, dentre eles:

a) lei penal em vigor;

b) imputabilidade do agente;

c) idade ou condição da vítima.

Art. 5º, inciso XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

O fenômeno pelo qual uma lei se aplica a fatos ocorridos durante sua vigência denomina-se **atividade**. Quando uma lei aplicar-se fora do seu período de vigência, ter-se-á a **extra-atividade**.

Esta se divide em **retroatividade**, isto é, a aplicação da lei a fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, e **ultra-atividade**, que significa a aplicação de uma lei depois de sua revogação.

a) **Retroatividade**: refere-se à aplicação da **lei nova benéfica** a fato anterior à sua vigência.

CP, Art. 2º, 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.

b) **Ultratividade**: refere-se à aplicação da lei benéfica já revogada após o seu período de vigência.

Do exposto, conclui-se que:

1) Não retroage:

- *Novatio legis* incriminadora;
- *Novatio legis in pejus* (lei nova prejudicial);
- *Lex gravior* (lei mais grave);

2) Retroage:

- *Novatio legis in melius* (lei nova favorável);
- *Lex mitior* (lei mais suave);
- *Abolitio criminis* (revogação da conduta criminosa);

Súmula 711 do STF: A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

Em relação ao condenado pela lei revogada, caracteriza causa extintiva da punibilidade: CP, art. 107 - Extingue-se a punibilidade: III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

Efeitos: apaga os efeitos penais da condenação (elimina o dever de cumprimento de pena, não gera reincidência, etc.). Porém, os efeitos civis (extrapenais) permanecem (ex. a obrigação de reparar o dano continua intacta).

Continuidade normativo-típica: é possível que determinada figura seja revogada, porém, o seu conteúdo acabe sendo transferido para outro tipo penal (houve apenas uma alteração topográfica da conduta incriminadora). Exemplo: o artigo 214 do CP (atentado violento ao pudor) – revogado. A conduta criminosa nele descrita foi transferida para o art. 213 do CP. Não houve, portanto, *abolitio criminis*.

Competência para aplicação da nova lei penal benéfica–

Depende da tramitação do processo: cabe ao juiz do conhecimento, em primeiro grau. Se o processo estiver em grau de recurso, cabe ao Tribunal. Se estiver em fase de execução, cabe ao juiz da execução.

Súmula 611 do STF: Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

Exemplo prático de retroatividade e ultratividade da lei penal benéfica

A Lei n. 13.654/2018, publicada em 23 de abril de 2018, extirpou o emprego de arma branca como circunstância majorante do delito de roubo.

No afã de aumentarem a pena cominada ao roubo majorado pelo emprego de arma, empregaram, por má técnica legislativa, o termo “arma de fogo” – excluindo, assim, a incidência do aumento em caso do emprego de arma branca.

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

Esse dispositivo terminou por tornar simples o roubo perpetrando mediante emprego de arma branca.

O emprego de arma branca voltou a ser disciplinado como causa de aumento com a Lei 13.964 de 29 de abril de 2019 (Pacote Anticrime), constando agora no artigo 157, §2º, inciso VII do Código Penal. Por ser um tratamento mais gravoso, não poderá retroagir para alcançar fatos anteriores a sua vigência.

E resumo: quem perpetrou delito com emprego de arma branca antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime (23 de janeiro de 2020) perpetrado roubo simples (retroatividade e ultratividade da lei penal benéfica).

Lei intermitente

Os princípios da proibição da ultra-atividade gravosa e da retroatividade benéfica, que são, na verdade, o verso e o reverso de uma mesma moeda, encontram, no entanto, **uma exceção legal**. Tal exceção é representada pela **Lei Intermitente**.

Leis intermitentes são aquelas cuja transitoriedade já vem embutida na própria norma. Subdividem-se em lei excepcional e lei temporária.

a) Leis temporárias: Normas cujo prazo de vigência vem determinado no próprio texto. São dotadas de autorrevogação. Ex.: até o dia “X”.

A lei temporária (ou temporária em sentido estrito) é a que tem um prazo de vigência predeterminado. É o caso, por exemplo, da **Lei n. 12.663/2012 (Lei Geral da Copa) que, em seu art. 36, prevê expressamente que: “Os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014”.**

b) Leis excepcionais: Normas editadas para serem aplicadas durante uma situação ou período de excepcionalidade. Ex.: calamidade pública.

A doutrina discute a constitucionalidade da previsão genérica de ultratividade da lei excepcional ou temporária:

a) O art. 3º é inconstitucional, pois o art. 5º, XL, da CF estabelece a retroatividade da lei penal benéfica, sem exceções (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”). Esta corrente sempre foi minoritária, mas tem ganhado força Juarez Cirino dos Santos, Paulo Queiroz, NUCCI.

b) O art. 3º é constitucional. Não há violação ao princípio da retroatividade da lei penal benéfica.

“A provisoriedade das circunstâncias e o elemento temporal integram a descrição típica e condicionam a intervenção punitiva. Mas a situação de posterior retorno à normalidade, que implica a perda de vigência da norma punitiva, não significa mudança de entendimento sobre a inadequação da conduta praticada durante o contexto que autorizou a edição da lei. A retroatividade benéfica substancialmente pressupõe mudança quanto à consideração social de inadequação da conduta ou quanto à necessidade de tratamento punitivo mais rigoroso. A conduta delitativa praticada durante a vigência das leis excepcionais ou temporárias continua a receber reprovação social e, portanto, a norma que prevê a ultratividade de tais leis é materialmente constitucional” (Direito penal, p. 97).” FERNANDO GALVÃO

- **É possível a combinação de leis penais?** Ex. tráfico de drogas.

a) **Corrente majoritária:** Não pode. O juiz, ao criar uma terceira norma (*lex tertia*), estaria legislando, usurpando a competência do Poder Legislativo. É aplicada a Teoria da Ponderação Unitária ou Global.

Súmula 501 do STJ: É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

ZAFFARONI, ROXIN, NUCCI

b) **Corrente minoritária: é possível.** O juiz, ao combinar as leis, extrai a posição mais benéfica ao réu, agindo de acordo com os princípios constitucionais da retroatividade da lei penal mais benéfica e irretroatividade da lei penal mais gravosa (Teoria Ponderação Diferenciada). Trata-se, na verdade, apenas de um processo de integração da lei penal (**Basileu Garcia**).

As premissas relativas à irretroatividade da lei penal (e retroatividade e ultratividade da lei penal benéfica) se aplicam aos complementos da norma penal em branco.

Caso interessante:

Por oito dias o cloreto de etila foi excluído da lista da lista inserta na Portaria n. 344/98 da ANVISA – que consagra as substâncias entorpecentes. Editou-se uma resolução para tanto, a qual, contudo, não foi referendada pela Diretoria Colegiada da Anvisa, que, por sua vez, reinsertiu a substância no rol de entorpecentes.

A partir dessa na Portaria n. 344/98 teria significado *abolitio criminis* das condutas anteriores relacionadas situação fática, travou-se a seguinte discussão jurídica: a exclusão, por oito dias, do cloreto de etila da lista inserta a essa substância? Apesar da intensa controvérsia, o Supremo terminou por decidir que sim!

HC 94.397, de relatoria do Min. Cezar Peluso, em 9-3-2010

PRAZOS PENAIS

Os prazos penais sempre consideram o dia do começo, pouco importando o horário em que se iniciou, por exemplo (diferentemente do que ocorre em processo penal, em que exclui-se o dia do início e inclui-se o do fim).

A contagem dos meses e dos anos é feita segundo o calendário comum. Portanto, um prazo de 6 meses iniciado no dia 5 de maio irá terminar no dia 4 de novembro (visto que, se o dia do início é incluído, o dia do final é excluído), não importando quantos dias existem nesse intervalo.

O mesmo vale para o prazo em anos.

Por fim, os prazos penais são contínuos, não se prorrogam nem se suspendem em virtude de férias ou feriados.

CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Tal conflito ocorre sempre que, a um único fato, aplica-se aparentemente mais de uma norma incriminadora.

São pressupostos para a ocorrência do conflito aparente de normas:

- a unidade de fato;
- a aparente incidência de mais de uma norma incriminadora; e
- a vigência simultânea dos tipos penais aparentemente aplicáveis.

Princípio da especialidade

Considera-se especial uma norma penal, em relação a outra, geral, quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados especializantes.

Exemplo: Homicídio e Infanticídio – roubo e furto.

Princípio da subsidiariedade

Ocorre quando existente entre dois ou mais delitos uma relação de subsidiariedade, ou seja, de continente e conteúdo.

Há um caráter residual nessa norma subsidiária, que atua, na clássica expressão de Hungria, como “soldado de reserva”.

Assim, por exemplo, o crime de roubo será majorado quando o agente utilizar, como meio executório, arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I). Caso se apure que o ofendido não portava absolutamente nenhum bem consigo, será aplicada a figura do art. 17 do CP (crime impossível), afastando-se o delito patrimonial. O juiz, todavia, não deverá simplesmente absolver o réu, mas, sim, condená-lo por porte ilegal de arma de fogo (Lei n. 10.823/2006, art. 14), o qual atuará como “soldado de reserva”.

A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita:

Expressa – artigo 132, periclitação da vida - define como crime o ato de expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente, punindo-o com detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Implícita - verifica-se quando um tipo penal é previsto como elementar ou circunstância legal de outro crime.

a omissão de socorro, que é crime autônomo, é também prevista como causa de aumento de pena do homicídio e da lesão corporal culposos (tanto no CP quanto no CTB)

Se uma pessoa dirige imprudentemente seu veículo e atropela outra, ferindo-a gravemente, e, em seguida, deixa de lhe prestar socorro, não comete dois crimes: lesão culposa agravada pela omissão de socorro (art. 303, § 1º, do CTB) e omissão de socorro no trânsito (art. 304 do CTB), mas somente o primeiro, o qual constitui norma primária, dada a relação de subsidiariedade entre eles.

Princípio da consunção ou da absorção

O **princípio da consunção ou absorção** dá-se sempre que se apresentar, entre os atos praticados pelo agente, a relação consuntiva, isto é, **de meio e fim**. Tal relação se verificará quando um crime for praticado como meio necessário ou normal na fase de preparação ou de execução de outro.

Ex: o indivíduo que porta consigo uma faca (porte de arma branca — ato preparatório punível), brande o instrumento (ato executório) e golpeia a vítima, ferindo-a (consumação), responde somente pelo crime-fim, ou seja, pela lesão corporal.

O princípio é aplicável, ainda, no **crime progressivo** e na **progressão criminosa**.

Na progressão criminosa, o agente inicia a execução do delito com o objetivo de provocar determinada lesão a um bem jurídico; depois de conseguir seu intento, contudo, muda de ideia e busca causar um grau maior de violação ao mesmo bem jurídico. Exemplo: o sujeito pretendia ferir seu desafeto, mas, em meio aos socos e pontapés, decide tirar-lhe a vida e leva-o a óbito. Só responde pelo homicídio, ficando as lesões corporais por este consumidas.

No crime progressivo, o indivíduo possui, desde o princípio, o mesmo escopo e o persegue até o final, ou seja, pretendendo certo resultado de maior lesividade (v.g., a morte de alguém), pratica outros atos de menor intensidade (v.g., sucessivas lesões corporais) para atingi-lo.

Antefato e pós-fato impuníveis

Ocorre o ante *factum* impunível quando o agente realiza uma conduta criminosa visando praticar outra, em que a primeira esgotará toda a sua potencialidade lesiva.

Súmula n. 17 do STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido” – falsificação de folha de cheque de terceiro e posterior uso no pagamento. Responderá apenas por estelionato e não pela falsidade material.

Pós-fato impunível ocorre quando, após a consumação, realiza-se nova conduta contra o mesmo bem jurídico, incapaz, porém, de agravar a lesividade do comportamento anterior.

EX: dano à coisa furtada – agente realizou furto e depois notou que o bem não tinha valor e o destruiu – não há punição, pois tal fato é como que absorvido pelo principal, furto.

PRINCÍPIO DA ALTERNATIVIDADE

Este princípio tem lugar nas infrações penais de ação múltipla ou conteúdo variado, que são aqueles tipos penais que possuem diversos núcleos (verbos), separados pela conjunção alternativa “ou” (tipos mistos alternativos).