

SUMÁRIO

1. Fundamentos do Direito Penal - Introdução	02
2. Princípios do Direito Penal	05
3. Fontes do Direito Penal	13
4. Teoria da norma penal	16
5. Aplicação da lei penal	21
6. O conflito aparente de normas	32
7. Teoria geral do crime - considerações gerais sobre o crime	34
8. Tipo e tipicidade	39
9. Antijuridicidade ou ilicitude	57
10 Culpabilidade	65
11. Consumação e tentativa	71
12. Concurso de pessoas	74
13. Punibilidade	79
14. Prescrição	84
15. Concurso de crimes	92
16. Consequências jurídicas do crime - penas e medidas de segurança	98
17. Aplicação ou fixação da pena	107
18. Efeitos da condenação	123
19. Suspensão condicional do processo e transação penal	127
20. Execução da pena	129
21. Crimes contra a Pessoa	139
22. Crimes contra o Patrimônio	150
23. Crimes contra a Propriedade Imaterial	159
24. Crimes contra a Organização do Trabalho	159
25. Crimes contra o Sentimento Religioso e contra o Respeito aos Mortos	160
26. Crimes contra a Dignidade Sexual	161
27. Crimes contra a Família	165
28. Crimes contra a Incolumidade Pública	167
29. Crimes contra a Paz Pública	171
30. Crimes contra a Fé Pública	171
31. Crimes contra a Administração Pública	175
32. Crimes Falimentares	185
33. Crime relativo à Interceptação Telefônica	188
34. Crimes de Responsabilidade do Prefeito	139
35. Crime de discriminação aos portadores de HIV e doentes de Aids	190
36. Lei Maria da Penha (violência doméstica)	191
37. Crime de Tortura	194
38. Crimes Eleitorais	195
39. Crime de Lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores	202
40. Crimes relacionados a Entorpecentes e Drogas afins	203
41. Crimes previstos no Estatuto do Desarmamento	206
42. Crimes de Abuso de Autoridade	208
43. Crimes do Estatuto do Idoso	211
44. Crimes de Preconceito	213
45. Crimes contra a Criança e o Adolescente	215
46. Crimes nas Licitações e contratos da administração pública	219
47. Crimes na Direção de Veículos Automotores	222
48. Crimes contra a ordem Tributária e Econômica, contra as Relações de Consumo e contra o Sistema de estoques de combustíveis	225
49. Crimes contra o Meio Ambiente	230
50. Crimes de Manipulação Genética	239
51. Crime Organizado	240
52. Crimes contra os Índios	243
53. Crimes Hediondos	244
54. Crimes de Terrorismo	244



FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL - INTRODUÇÃO

1.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL

O Direito Penal é um ramo do direito público e consiste em “um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”¹. Essa é a definição de direito penal enquanto um direito positivo ou legislado. A expressão Direito Penal também pode ser utilizada para caracterizar a atividade de interpretação e sistematização do direito positivo que busca estabelecer o alcance, os limites e os objetivos das normas penais, estabelecendo critérios para sua aplicação – ou seja, como Ciência do Direito Penal ou Dogmática Penal. Numa perspectiva que leva em conta a relação do Direito Penal com a Sociedade, “Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação”².

1.2 CARACTERES DO DIREITO PENAL

São três as principais características do direito penal: valorativo, finalista e sancionador.³

a) **Valorativo**: porque tutela os valores mais elevados da sociedade e os dispõe em uma escala hierárquica, valorando os fatos de acordo com a sua gravidade e impondo uma sanção proporcional à gravidade do fato.

b) **Finalista**: porque tem a finalidade de prevenir lesões aos bens e interesses jurídicos mercedores da tutela mais gravosa disponível ao Estado, que utiliza como meio a ameaça legal de aplicação de sanções de maior poder intimidatório – a pena.

c) **Sancionador**: por meio da sanção penal reforça a tutela jurídica dos bens já regidos pela legislação extrapenal, de forma que não cria os bens jurídicos, mas apenas acrescenta sua sanção aos mais importantes. Excepcionalmente, entretanto, pode ter caráter constitutivo, protegendo bens jurídicos não tutelados pelas leis extrapenais.

1.3 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Grande parte da doutrina entende que a principal e mais legítima função do Direito Penal é ser instrumento de proteção de bens juridicamente relevantes. São citadas pela doutrina diversas funções do Direito Penal, tais como:

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

² CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). v. 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33-4; MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato N. Fabbrini. Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 4-5.

- a) proteção de bens jurídicos: não se admite a criação de norma incriminadora que não vise à proteção de um bem jurídico. É a principal função.
- b) controle social: a ameaça de penalização de condutas danosas, em teoria, contribui para a paz pública. No entanto, ante a incerteza da efetiva aplicação da norma e da ausência de políticas públicas que visem à redução da criminalidade, não se consegue promover um efetivo controle social.
- c) função ético-social: parte minoritária da doutrina entende que o Direito Penal exerce função ética, fornecendo uma base de valores à sociedade. Trata-se, entretanto, da reafirmação dos éticos da sociedade e não da imposição de uma ética não aceita pela coletividade.
- d) função de garantia: o Direito Penal também tem como função limitar o poder punitivo estatal, de modo a garantir ao cidadão que não será alvo de arbitrariedades por parte do poder público.
- e) função simbólica: é o efeito psicológico que a proibição gera na sociedade. A criminalização de uma conduta vem carregada de um simbolismo que visa produzir um efeito psicossocial nos cidadãos de que o Estado está agindo efetivamente para reprimir determinados comportamentos.
- f) função promocional: uma corrente minoritária da doutrina vê no Direito Penal uma função de transformação social, promovendo certos valores sociais. Assim, a criminalização não depende dos valores da sociedade, pois a criação de delitos serve justamente para transformar tais valores.
- g) prevenção de vingança privada: o Direito Penal, ao conferir ao Estado o monopólio da pretensão punitiva, exerce o papel de evitar que vítimas façam justiça com as próprias mãos.
- h) função motivadora: por meio da ameaça de uma sanção, o Direito Penal motiva os indivíduos a não realizarem determinadas condutas.

1.4 DIREITO PENAL COMUM E ESPECIAL

A divisão entre Direito Penal Comum, que se aplica a todas as pessoas, e Direito Penal Especial, dirigido a uma categoria específica de indivíduos, com certas características específicas. O melhor critério para a distinção utiliza como critério o órgão jurisdicional encarregado pela aplicação. Assim, são Direito Penal Comum: o Código Penal e as leis penais extravagantes, tais como a Lei de Contravenções, Lei de Tóxicos, Lei de Falências etc., que são aplicadas pela Justiça Comum. São Direito Penal Especial: Direito Penal Militar, aplicado pela Justiça Militar, e a lei do *impeachment*, aplicada pelo Congresso Nacional (alguns autores também consideram o Direito Penal Eleitoral).

Não se deve confundir Direito Penal Especial com legislação penal especial. Esta é toda legislação penal não prevista no Código Penal, que é a legislação penal comum.

1.5 A CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL: DOGMÁTICA PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CRIMINOLOGIA

Franz von Liszt, penalista alemão, cunhou a expressão “Ciência Conjunta do Direito Penal”, como a integração entre Dogmática Penal, Criminologia e Política Criminal. Estas três, entretanto, apesar de serem complementares, são disciplinas autônomas, com características e objetos de estudo próprios.

a) Criminologia: é uma ciência empírica, descritiva e interdisciplinar que tem como objetos de estudo o crime e suas causas, o criminoso, a vítima e o controle social de comportamentos criminosos. Tem como função, entre outras, apontar os problemas sociais decorrentes da aplicação do Direito Penal, fornecendo dados para a formulação de políticas criminais.

a.1.) Escola Positiva Italiana: a criminologia surge como criminologia positivista (com enorme influência das ciências naturais, como a biologia) e buscava explicar as causas naturais do crime (etiologia criminal), entendendo o crime como uma doença e o criminoso como um doente que poderia ser tratado. Tem como principais expoentes Cesare Lombroso, que desenvolveu a teoria do criminoso nato, indivíduo que seria biologicamente predisposto à prática de crimes; Enrico Ferri, que fundamentava a responsabilidade penal no determinismo social, afastando a tese do livre arbítrio; e Raffaele Garofalo, que idealizou a teoria psicologicista segundo a qual os criminosos irrecuperáveis deveriam ser afastados do convívio social pela deportação ou pela morte.

a.2.) Criminologia Crítica: a criminologia desenvolveu-se e atualmente as correntes mais populares entendem o crime como um fenômeno social que tem suas causas não em fatores biológicos, mas em problemas e conflitos sociais, de forma que critica a estrutura social, o Direito Penal e o controle institucional de crimes, como a atuação das polícias, por exemplo (esta corrente tem diversas divisões).

a.3.) Criminologia da Reação Social: é uma corrente de origem norte-americana, que entende a sociedade como uma rede de interações sociais que origina símbolos (chamada por isso de *interacionismo simbólico*). O crime é um desses símbolos criados pela interação social, de forma que o crime não tem existência ontológica (ou natural) e, portanto, o criminoso é alguém que foi etiquetado pela sociedade (teoria do etiquetamento ou *labelling approach*). Tem como principal expoente Howard Becker.

b) Política Criminal: é a ciência que estuda e sistematiza estratégias para a prevenção e repressão estatal eficiente da criminalidade, de forma a maximizar a segurança pública sem violação de direitos fundamentais dos cidadãos (inclusive o criminoso). As políticas criminais são papel da política e sua implementação, portanto, depende da atuação dos legisladores. Entretanto a Política Criminal enquanto ciência não se trata das políticas concretas existentes em um país, mas do estudo de estratégias para fazer boas políticas criminais. Ademais, a criminalização de condutas e aumento das penas não são os únicos meios recomendados pela Política Criminal para a diminuição da criminalidade, sendo preferíveis políticas preventivas e sociais.

c) Dogmática Penal: como já referido, é atividade de interpretação e sistematização do direito positivo que busca estabelecer o alcance, os limites e os objetivos das normas penais, estabelecendo critérios para sua aplicação. Está mais vinculada ao direito positivo do que a Criminologia e a Política Criminal.



PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL

2.1 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

O Direito Penal tem como principal objetivo a proteção de bens jurídicos, isto é, de interesses ou valores jurídicos dignos de proteção penal. Este princípio determina que uma norma penal incriminadora apenas pode ser criada para proteger um valor ou interesse digno de proteção pelo direito penal, excluindo a possibilidade de criminalização de meras imoralidades, ideologias, crenças pessoais ou ainda por razões religiosas. Atualmente busca-se relacionar o bem jurídico digno de proteção penal com a Constituição, de forma que os valores ou interesses passíveis de tutela pelo Direito Penal devem estar implícita ou explicitamente ancorados no texto constitucional.

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, portanto, define os possíveis objetos de tutela da norma penal, com o escopo de oferecer limites à atividade legislativa, de forma que não seria possível a criminalização de condutas que não causam lesão ou perigo de lesão a qualquer valor ou interesse jurídico socialmente relevante.

2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A legalidade é um princípio consagrado em Direito Penal, manifestando-se no brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio objetiva dar segurança jurídica ao cidadão, para que ele saiba as condutas que configuram crimes e, assim, possa evitá-las. Trata-se de um limite à possibilidade de punição de comportamentos pelo Judiciário, de forma que só podem ser punidos fatos criminalizados por meio de lei. Com isso exclui, por exemplo, a possibilidade de punição de fatos que não estão previstos em lei e a criminalização de comportamentos por meio de outras espécies de atos normativos (como decretos e regulamentos).

O princípio da legalidade penal está previsto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal com a seguinte redação “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Redação semelhante está prevista no art. 1º do Código Penal. Existe também um princípio da legalidade geral, que aplica-se em geral a todos os ramos do direito, consagrado pelo art. 5º, inc. II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Como se percebe, o princípio da legalidade do direito penal é mais restrito, determinando que tanto o comportamento proibido quanto a pena devem estar previstos previamente em lei para que seja possível a punição de um fato.

A partir do conteúdo do princípio da legalidade resta vetada a possibilidade (a) de *retroatividade* da lei penal para criminalizar ou agravar a pena de fato anterior, (b) de o *costume* ou atos normativos distintos de lei serem utilizados para criminalizar ou agravar penas, (c) de a *analogia* ser utilizada para tornar puníveis condutas que não estão criminalizadas por leis ou agravar as penas de crimes, e (d) de *indeterminação* dos tipos legais e das sanções penais.

2.2.1 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI PENAL OU DA *LEX PRAEVI*A

O princípio da legalidade determina que para um fato seja punido como crime, deve ele estar descrito em lei penal criminalizadora *previamente* à data do fato. Este princípio está explicitado no próprio texto do citado art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, que dispõe que a lei que define o crime deve ser “anterior”.

Quando se trata de norma penal em branco, somente serão consideradas criminosas as condutas praticadas depois da entrada em vigor da norma complementar (STF, Inq. 1915, j. 05.08.04).

2.2.1.1 IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA

Como decorrência do princípio da anterioridade, é proibida a aplicação de uma nova lei que criminalizadora ou que aumente a punição de um crime a um fato passado. Caso se pudesse punir um fato por meio de uma lei criada posteriormente (*ex post facto*) à data de sua ocorrência, a segurança jurídica que se pretende garantir com o princípio restaria esvaziada.

A irretroatividade se aplica também às normas de execução penal (STF, HC 68416/DF, Brossard, 2ª. T., u., 8.9.92). Não se pode, 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 nova mais gravosa (STF, HC 101238/SP, Eros Grau, 2ª. T., u., 2.2.10).

A irretroatividade não se aplica às normas processuais penais, que tem vigência imediata (STF, AI 177313 AgR-ED/MG, Celso de Mello, 1ª. T., u., 18.6.96).

2.2.1.2 RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA

Já uma nova lei que favoreça ao réu, descriminalizando uma conduta, reduzindo a pena, tornando o cumprimento da penal mais benéfico etc., aplica-se aos fatos anteriores à sua vigência. Neste sentido, o art. 2º, § único, do Código Penal dispõe que: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. No mesmo sentido, o art. 107, inc. III, do Código Penal arrola como causa que exclui a punibilidade a “retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”.

2.2.2 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL OU *LEX SCRIPTA*

A legalidade exigida no Direito Penal é a da lei no sentido formal. Assim, exclui-se desde logo a possibilidade de legitimar-se a existência de um crime bom base em costumes. Além disso, é preciso que haja uma lei elaborada pelo Poder Legislativo Federal, o que faz com que as espécies normativas mais comuns para a criminalização de condutas sejam as leis ordinárias e complementares. Medidas provisórias, leis delegadas, resoluções e decretos legislativos não podem criminalizar condutas. Os tratados e convenções internacionais podem conter mandados de criminalização, entretanto a concreta existência do crime no âmbito interno depende sempre da criação da tipificação da conduta por meio de lei formal.⁴

⁴ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor E. Rios. Direito Penal Esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 109-10.

2.2.3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE ANALOGIA OU DA *LEX STRICTA*

A *analogia*, ou seja, a aplicação de regra semelhante para caso no qual não haja expressa regulamentação legal é vedada em Direito Penal sempre que prejudicial ao réu, seja para punir um fato que não está criminalizado ou para agravar a punição de crimes existentes – proibição *analogia in malam partem* (STF, Inq. 1145, Maurício Corrêa, Pl., u., 19.12.06). Por outro lado, a aplicação de regra semelhante para caso não regulado expressamente é admitida quando favorável ao réu, restringindo o poder punitivo do Estado – admissão da analogia *in bonam partem*.

Demais particularidades serão abordadas em tópico posterior dedicado exclusivamente à analogia em Direito Penal.

2.2.4 PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE OU *LEX CERTA*

O princípio da legalidade exige a descrição da conduta criminalizada não seja genérica ou vaga, de forma que o cidadão não possa conhecer exatamente o conteúdo da conduta proibida. Caso contrário não se realizaria o objetivo de propiciar segurança jurídica.

2.3 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O princípio da culpabilidade determina que apenas podem ser responsabilizados criminalmente agentes quando sua conduta for *subjetivamente desvalorosa*. É tradicionalmente conhecido pelo brocardo latino *nulla poena sine culpa* ou por sua variante *nullum crimen sine culpa*. A constitucionalidade do princípio é extraída do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A partir do princípio da culpabilidade é possível derivar três consequências⁵: (a) só pode ser punido o agente que tenha agido com alguma vinculação subjetiva em relação ao fato – isto é, com dolo ou culpa –, não sendo admitida a responsabilidade objetiva em Direito Penal (essa característica é por vezes abordada como um princípio a parte, chamado de *princípio da responsabilidade subjetiva*); (b) o comportamento do agente deve ser reprovável nas circunstâncias em que ocorreu, o que é verificado pela imputabilidade do agente, pela possibilidade de compreender a ilicitude do fato (potencial consciência da ilicitude) e pela exigibilidade de conduta diversa; (c) a medida da pena deve sofrer influência do grau de culpabilidade do agente (p.ex., um crime doloso deve receber pena maior que um crime culposo e uma mitigação na possibilidade de conhecer a ilicitude do fato deve, igualmente, mitigar a pena). Em relação a esse último aspecto, o art. 59 do Código Penal dispõe expressamente que a culpabilidade é um dos critérios para a fixação da pena.

2.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Sendo o Direito Penal o ramo jurídico mais danoso aos direitos fundamentais dos cidadãos, afetando a liberdade individual, deve ser ele guardado para situações de extrema gravidade, quando estejam em jogo bens jurídicos fundamentais para a comunidade e que não sejam passíveis de ser protegidos por meio de outros ramos do Direito. A origem remete à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo art. 8º dispõe que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e

⁵ GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 98-101.

evidentemente necessárias...”⁶. Deste princípio decorrem dois outros: a subsidiariedade e a fragmentariedade do Direito Penal.

2.4.1 O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO DIREITO PENAL OU PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O princípio da subsidiariedade determina que o Direito Penal deve ser subsidiário em relação à outras estratégias de proteção de bens jurídicos. A pena criminal, por ser a sanção mais grave disponível ao Estado, só deve ser utilizada quando outros ramos do direito – como o direito civil ou o direito administrativo – não sejam capazes de proteger suficientemente o bem jurídico.

2.4.2 O CARÁTER FRAGMENTÁRIO DO DIREITO PENAL OU PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O princípio da fragmentariedade determina que o Direito Penal deve apenas lidar com fragmentos de ilicitude. O crime é uma ilicitude qualificada pela gravidade da ofensa (lesão ou perigo de lesão) ao bem jurídico, de forma que a pena criminal só pode ser utilizada quando o fato seja altamente danoso aos valores e interesses comunitários. Por exemplo, tanto um descumprimento contratual como um furto causam ofensa ao mesmo bem jurídico (patrimônio), entretanto apenas o segundo é um crime, isto em razão da maior gravidade do comportamento.

2.5 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE

Segundo o princípio da ofensividade, não pode haver crime ser uma efetiva ofensa (lesão ou perigo de lesão) a um bem jurídico. Equivale ao brocardo latino *nullum crimen sine iuria*. O princípio atua em dois âmbitos: ao legislador determina que não pode criminalizar condutas em que não haja previsão de uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico; ao julgador determina que deve interpretar os tipos penais de forma a verificar se houve lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, pois apenas neste caso existe de fato um crime.

A partir da ofensividade discute-se na doutrina brasileira a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, nos quais o perigo é presumido.

a) *Porte de arma de fogo desmuniada*: “É típica a conduta de portar arma de fogo sem autorização ou em desconformidade com determinação legal ou regulamentar, ainda que desmuniada, ‘por se tratar de delito de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido é a incolumidade pública, independentemente da existência de qualquer resultado naturalístico” (STJ, HC 328697/SP, j. 15/09/2015).

b) *Roubo praticado com arma desmuniada*: “Conforme o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o emprego de arma de fogo desmuniada tem o condão de configurar a grave ameaça e tipificar o crime de roubo, no entanto não é suficiente para caracterizar a majorante do emprego de arma, pela ausência de potencialidade lesiva no momento da prática do crime” (STJ, AgRg no REsp 1536939/SC, j. 15/10/2015).

⁶ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor E. Rios. Direito Penal Esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 136.

2.5.1 PRINCÍPIO DA ALTERIDADE OU TRANSCENDÊNCIA

Como corolário do princípio da ofensividade, tem-se que a lesão ou perigo de lesão deve ser em relação à bem jurídico alheio, sendo impuníveis as lesões a bens jurídicos próprios, como, por exemplo, mutilações ou a tentativa de suicídio. Como **exceção**, punem-se as autolesões quando cometidas com o fim de fraudar seguro, quando caracteriza estelionato (art. 171, § 2º, inc. V, do CP), ou para criar incapacidade física que inabilite o convocado para o serviço militar, quando caracteriza crime militar (art. 184 do CPM). Frisa-se, entretanto, que em verdade tais exceções não contrariam o princípio da transcendência, uma vez que não se pune as autolesões nesse caso em virtude da ofensa à integridade física do agente, mas em razão da tentativa de usá-la como meio para ofender um bem jurídico alheio.

2.5.2 PRINCÍPIO DA EXTERIORIZAÇÃO DO FATO

Também chamado simplesmente de princípio do fato, determina que não se pode sancionar penalmente condutas internas do agente, isto é, meros pensamentos que não chegam a sair do âmbito da consciência. Exige-se, para que haja um crime, que haja uma exteriorização na forma de condutas concretas que possam gerar ao menos um perigo de lesão a um bem jurídico. Esse princípio relaciona-se com o chamado *direito penal do fato*, no qual se pune alguém pelo que faz, e que opõe-se ao chamado *direito penal do autor*, no qual se pune alguém pelo que é.

2.6 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

A teoria da adequação social, desenvolvida inicialmente pelo penalista alemão Hans Welzel, determina que um fato que é aceito como normal pela generalidade da sociedade não pode ser crime. Assim, apesar de adequar à descrição legal (tipicidade formal), uma conduta não pode ser considerada materialmente típica quando se estiver de acordo com as práticas comuns da sociedade.

Como exemplo, é possível citar a colocação de um brinco que, apesar de se adequar formalmente ao tipo penal da lesão corporal e causar uma ofensa à integridade física de crianças, é uma prática socialmente aceita e por isso não pode ser considerada crime de lesão corporal.⁷

Importante: o STF, no julgamento do HC 104467, j. 08-02-2011 (noticiado no Informativo 615), entendeu não ser aplicável o princípio da adequação social 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”), sob o argumento de que apenas o legislador pode revogar ou modificar a lei penal em vigor.

2.7 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, desenvolvido inicialmente por Claus Roxin, determina que um fato que causa uma ofensa de pouca relevância ao bem jurídico protegido pela norma penal não deve ser considerado crime⁸. Portanto, assim como na adequação social, embora adequada à descrição legal (tipicidade formal), uma conduta não pode ser considerada materialmente típica quando a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico é ínfimo, isto porque não a conduta não é suficientemente grave a ponto de justificar a intervenção do Direito Penal. O princípio da insignificância exige uma certa proporcionalidade entre a gravidade do fato e a gravidade da intervenção estatal.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 215.

⁸ ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2002, p. 73-74.

Como exemplo, é possível citar um beliscão ou a subtração de um cigarro, que embora de adequem formalmente aos tipos penais de lesão corporal e furto e causem lesões aos bens jurídicos integridade física e patrimônio, não são considerados crimes em razão da irrelevância da ofensa, restando excluída a tipicidade material.

O STF fixou no HC 84.4121, j. 19/10/2004, relatado pelo Ministro Celso de Melo quatro **critérios** para a **exclusão da tipicidade material** em razão da insignificância: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) a nenhuma periculosidade social da ação; (iii) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Tais critérios consolidaram-se na jurisprudência do STF e do STJ.

A insignificância em relação a **crimes específicos**:

a) inaplicável em crimes praticados com violência ou grave ameaça contra pessoa, como roubo e resistência (v. Informativos STJ 439 e 441);

b) inaplicável ao crime de moeda falsa (v. Informativo STJ 437).

c) inaplicável ao crime de tráfico de drogas (STJ, HC 248652, j. 18/09/2012);

d) nos crimes contra a ordem tributária – 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 (fundamento: Portaria n.º 75/2012 do Ministério da Fazenda). Precedente: TRF-4ª Região, Apelação Criminal 5006411-19.2010.404.7002, j. 18/12/2012.

e) nos crimes contra a administração pública há decisão do STF admitindo a aplicação (Informativo STF 624).

f) inaplicável ao crime de furto quando há continuidade delitiva e quando há destruição de obstáculo (STF, HC 106.490, dje. 16/08/2012; STF, HC 110.840, dje. 08/08/2012).

g) inaplicável quando o agente tiver registros criminais pretéritos, conforme reiterada jurisprudência (HC 103.506, j. 12/06/2012).

h) em crimes ambientais, o STF já admitiu a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância (Informativo STF 676).

2.8 PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM

O princípio determina que não se pode punir alguém duas vezes pelo mesmo fato. Alguns autores⁹ afirmam que está implícito na Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8º, n. 4, segundo o qual “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.” Assim, se não se pode submeter a novo julgamento quem foi absolvido por sentença com trânsito em julgado, com mais razão não se pode julgar novamente quem já foi punido. O *ne bis in idem* incide também sob a aplicação da pena, de forma que um mesmo fato ou circunstância não pode ser utilizado para fundamentar distintos aumentos de pena.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 76.

2.9 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS

Determina que o apenado deve ser tratado com humanidade, de forma que a pena não pode atingir a dignidade humana ou a integridade física dos condenados. O princípio da humanidade das penas está consagrado na Constituição Federal, em diversos incisos do art. 5º:

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

XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada (...); 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;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”

Também está previsto em tratados internacionais: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, dispõe que “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. III)” e que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. V)”;

o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 dispõe no art. 7º que “ninguém será submetido a 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”.

Importante: com base no princípio da humanidade das penas, as Cortes superiores, em algumas decisões recentes, vêm entendendo que o prazo máximo de duração da medida de segurança aplicável aos inimputáveis de trinta anos, em analogia ao art. 75 do CP que define o tempo máximo das penas (STF, HC 107432, 24/05/2011) ou o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito (STJ, 6ª Turma, HC 91602, j. 20/09/2012).

A Súmula Vinculante 11 do STF, que restringe o uso de algemas a casos em que há “receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros” tem influência do referido princípio, prevendo tratamento digno ao preso.

2.10 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

O princípio da individualização da pena determina que a espécie e a medida da pena devem ser adequadas à culpabilidade do agente e à conduta por ele praticada. Não pode haver aplicação de penas padronizadas, sem consideração das especificidades do crime. Há previsão constitucional no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal, que prescreve aos legisladores o dever de fixar um método de individualização da pena e fixa espécies de penas que deverão ser adotadas, nos seguintes termos: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”. Também o inc. XLVIII estabelece um dever de diferenciação da execução das penas de acordo com a natureza do crime e as características do agente: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

O processo de individualização ocorre em três etapas distintas¹⁰: (a) a *legislativa*, na qual há fixação das espécies de penas e do marco penal (pena mínima e máxima) de cada crime, das

¹⁰ GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 78 e ss.

qualificadoras e das circunstâncias que podem agravar/majorar ou atenuar/minorar as penas, das hipóteses de substituição, de fixação de regimes etc. – em síntese: do método que deve ser seguido para a fixação judicial da pena; (b) a *judicial*, na qual os julgadores, obedecendo ao métodos, aos critérios e aos limites fixados pelo legislador e analisando as circunstâncias do caso concreto, fixam a pena; (c) a *executiva*, nas possibilidades de progressão e regressão de regime, remição, liberdade condicional etc.

Corolário lógico do processo de individualização é a possibilidade de serem condenados a penas diferentes corréus no mesmo feito (STF, HC 70022/RJ, Celso de Mello, 1ª. T., u., 20.4.93; STF, HC 70.900, Moreira 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, EAC 97.04.47112-2/PR, Amir Sarti, 1ª S., m., 2.9.98, DJ 7.10.98).

Não há, entretanto, obrigatoriedade de se chegar a penas diferentes. Podem ocorrer casos em que, idênticas as circunstâncias objetivas e subjetivas, impor-se-á a mesma pena (STF, HC 70931/RJ, Pertence, 1ª. T., v.u.u., 14.12.93; STF, HC 72.992, Celso de Mello, 1ª T., v.u.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 diferentes pessoas.

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).

Sobre o tema da individualização da pena, deve-se atentar ainda para 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 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”. Com isso, todo delito que tenha sido praticado antes da vigência da referida lei (ou seja, até 29 de março de 2007), seja ele hediondo ou não, terá como requisito objetivo para progressão de regime o cumprimento de 1/6 da pena no regime mais gravoso. Se o delito foi praticado após a entrada em vigência da lei e não for hediondo, terá como requisito objetivo o cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior para a progressão; se for hediondo ou assemelhado (tortura, tráfico de drogas e terrorismo), requisito objetivo será de 2/5 (réu não reincidente) ou 3/5 (réu reincidente).

2.11. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DAS PENAS

Também chamado de princípio da responsabilidade pessoal ou da intranscendência da pena, determina que apenas o condenado é que pode se submeter à pena. Está previsto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, o qual dispõe que “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”. Não importa a espécie de pena aplicada, se privativa de liberdade, restritiva de direitos, multa ou prestação de serviços à comunidade, não se poderá exigir que outrem que não o réu se submeta a ela, o que não impede a possibilidade de, nos casos de multa ou prestação pecuniária, alguém voluntariamente pague¹¹.

¹¹ GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 88-90.

Como se percebe, porém, a própria disposição constitucional excetua duas hipóteses nas quais as obrigações derivadas do processo penal podem passar da pessoa do réu, atingindo seus sucessores: a reparação do dano e o perdimento de bens.

São ainda consequências deste princípio:

- a) 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, Celso de Mello, 1ª. T., 27.11.90).

2.12. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade é um princípio geral de Direito que tem por escopo regular a relação entre os meios e fins, com especial aplicabilidade em conflitos entre direitos fundamentais. É composta por três subprincípios: (a) a *idoneidade* ou *adequação*, que verifica se um meio é idôneo para alcançar o fim que se busca através dele; (b) *necessidade* ou *exigibilidade*, que verifica se não existem meios idôneos para alcançar o fim buscado e que causam menos danos aos direitos fundamentais dos cidadãos a eles submetidos; (c) *proporcionalidade em sentido estrito*, que pondera o valor do direito fundamental sacrificado com o do bem que se pretende proteger.

Em âmbito penal, o princípio da proporcionalidade é importante tanto na análise da existência do crime, pois pode-se considerar que não há ofensa suficientemente grave ao bem jurídico que justifique a consideração do fato como crime, como na aplicação da pena, pois a pena deve ser um meio idôneo, necessário e adequado para a proteção do bem jurídico.

Algumas consequências decorrentes desse princípio são:

- a) deve-se analisar a necessidade concreta da pena: o perdão judicial (art. 121, § 5º; art. 129, § 8º) é um caso de análise da desnecessidade da pena em concreto, deixando o julgador de aplicar a pena mesmo diante da culpabilidade do réu;
- b) deve-se analisar a suficiência da pena alternativa (substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP);
- c) 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);
- d) 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).