FMP

Direito Penal

Teoria da norma penal

Prof. Davi André

SUMÁRIO

Capítulo I - Princípios penais 07

Seção I - Princípios limitadores da função punitiva..... 07

I. Princípio da legalidade 07

1.1.Origem(fonte).....07

1.2. O princípio da legalidade nas Constituições e nos Códigos Penais Brasileiros 08

1.3. Fundamentos 09

1.4 Desdobramentos do princípio da legalidade..... 09

a.1 Reserva Legal (ou legalidade em sentido estrito)..... 09

a.2 Taxatividade da lei penal..... 11

a.3 Irretroatividade da lei penal..... 11

Subseção II - Princípio da dignidade da pessoa humana (ou da humanidade) 12

Subseção III - Princípio da intervenção mínima 13

Subseção IV - Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos 14

Subseção V - Princípio da secularização (ou laicização) 14

Subseção VI - Princípio da submissão constitucional 16

Subseção VII - Princípio da proporcionalidade 16

a) Caracteres..... 17

b) Estrutura do princípio da proporcionalidade..... 18

Seção II - Princípios Relacionados à penologia..... 18

Subseção I - Princípio da pessoalidade..... 18

Subseção II - Princípio da individualização da pena 21

Subseção III - Princípio do non bis in idem ou ne bis in idem 22

Subseção Iv - Princípio da vedação à conta corrente – "Carta de crédito carcerário" 24

Subseção V - Princípio da necessidade e Suficiência Concreta da pena 24

Seção III - Princípios relacionados ao fato..... 25

Subseção I - Princípio da ofensividade ou lesividade..... 25

FMP

SUMÁRIO

Subseção II - Princípio da materialização (ou exteriorização) do fato.. 26

Subseção III - Princípio da Adequação social..... 26

Subseção IV - Princípio da Confiança..... 27

Subseção V - Princípio da alteridade ou transcendentalidade.... 28

Subseção VI - Princípio da insignificância..... 29

Seção IV - Princípios relacionados ao agente do Fato..... 30

Subseção I - Princípio da culpabilidade..... 30

Seção Iv - Princípios relacionados ao agente do fato..... 34

Subseção I - Princípio da culpabilidade..... 34

Subseção II Princípio da Igualdade ou isonomia..... 40

Capítulo II - Expansão do Direito Penal..... 41

Seção I - Velocidades do Direito Penal..... 41

Seção II - Sistemas ou modelos de Direito Penal..... 49

Capítulo III - Norma Penal..... 55

1. Conceito..... 55

2. Estrutura..... 56

a) Leis penais COMPLETAS [ou tipos penais fechados]..... 56

b) Leis penais INCOMPLETAS..... 57

b.1 Leis penais incompletas EM SENTIDO LATO [amplo ou genérico].. 57

b.1.2. Norma penal EM BRANCO..... 58

b.2 Norma penal em branco às avessas..... 59

b.3 Lei penal incompleta de DUPLA FACE..... 60

b.4 DESCRIMINANTE (ou justificante) em branco..... 61

b.5 SÚMULA em branco..... 62

3. Anomia e antinomia jurídica..... 63

4. Interpretação da lei penal..... 64

4.1 Interpretação quanto ao SUJEITO (ou fonte)..... 64

a) Interpretação autêntica..... 64

FMP

SUMÁRIO

b) Interpretação doutrinária.....65
c) Interpretação jurisprudencial..... 66
4.2 Interpretação quanto aos MEIOS ou métodos..... 66
a) Interpretação gramatical..... 66
b) Interpretação lógica..... 66
4.3 Interpretação quanto ao RESULTADO..... 67
a) Declarativa ou declaratória..... 67
b) Extensiva..... 67
c) Restritiva..... 68
d) Ab-rogante..... 68
4.4 Interpretação progressiva (adaptativa ou evolutiva)..... 68
4.5 Interpretação analógica ou intra legem..... 68
5. Analogia..... 69
Capítulo IV - APLICAÇÃO DA LEI PENAL..... 70
Seção I - Tempo do Crime..... 70
1. Definição do tempo (momento) do crime..... 70
a) Teoria da atividade..... 70
b) Teoria do resultado.....70
c) Teoria da ubiquidade..... 71
1.1 Consequências penais da adoção da Teoria da Atividade..... 71
2. Extra-atividade..... 73
3. Sucessão de leis penais no tempo – conflitos e soluções..... 74
a) Lex Gravior..... 75
b) Lex Mitior..... 75
4. Aplicação de lei penal benéfica intermediária - Lex intermedia..... 79
5. Combinação de leis penais (construção de lei híbrida - Lex tertia)..... 79
d.1) “Lex tertia” com a nova Lei de Drogas..... 80
d.2) “Lex tertia” e o Código Penal Militar..... 81

FMP

6. Leis Temporárias e excepcionais..... 82
7. A questão da retroatividade das leis penais em branco..... 83
8. Aplicação da lei penal nos crimes permanentes, continuados e habituais..... 84
Seção II - Lugar do Crime..... 87
1. Teorias que explicam o lugar do crime..... 87
a) Teoria da ATIVIDADE..... 87
b) Teoria do RESULTADO..... 87
c) Teoria da UBIQUIDADE..... 87
1.1 Local do crime x foro competente – distinção..... 88
a) Regra – local da "consumação"..... 88
b) Exceções..... 88
2. Princípios [regras ou critérios] de aplicação da lei penal no espaço... 89
a) Princípio da TERRITORIALIDADE [art. 5º, CP]..... 89
b) Princípio da EXTRATERRITORIALIDADE [art. 7º, CP]..... 90
b.1 Subprincípios aplicáveis à extraterritorialidade..... 92
c) Legislação especial..... 93
Seção III - Pessoas do Crime..... 96
Subseção I - Imunidades Diplomáticas..... 96
1. Fundamento..... 96
2. Convenções de Viena..... 96
3. Beneficiários das imunidades..... 96
4. Classificação das imunidades..... 98
5. Renunciabilidade..... 98
Subseção II - Imunidades Parlamentares..... 99
1. Da irrenunciabilidade das imunidades parlamentares..... 99
2. Imunidade material, penal, absoluta, real, substantiva ou inviolabilidade..... 99
Subseção III - Imunidade Advocatícia..... 102
1. Fundamento..... 102

FMP

2. Regulamentação..... 103
Seção IV - Disposições penais finais..... 103
Subseção I - PENA CUMPRIDA NO ESTRANGEIRO..... 103
1. Ne bis in idem..... 103
2. Detração penal..... 103
3. Consequências..... 104
4. Homologação..... 105
Subseção II - PRAZO PENAL..... 105
1. Forma de contagem – características..... 105
2. Frações que não se computam na pena..... 106
Seção V - Conflito aparente de normas..... 107
1. Configuração do conflito aparente de normas..... 108
2. Elementos do conflito aparente de normas..... 108
3. Princípios aplicáveis ao conflito aparente..... 108
a) Especialidade..... 108
b) Subsidiariedade..... 109
c) Consunção ou absorção..... 109
d) Alternatividade..... 109

Capítulo I - PRINCÍPIOS PENAIS

SEÇÃO I - PRINCÍPIOS LIMITADORES DA FUNÇÃO PUNITIVA

SUBSEÇÃO I - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Trata-se, sem dúvida, do princípio reitor de todo o sistema jurídico, não só do direito penal, mas de todo o ordenamento positivado e, até mesmo, dos demais postulados. O legislador constitucional brasileiro consagrou a liberdade como direito inviolável, designando o princípio da legalidade como garantia desse direito, constituindo uma real limitação ao poder estatal, que submetido ao império da lei, resta impossibilitado de interferir na esfera de liberdades individuais. Assim, o princípio da legalidade em sentido amplo impõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (art. 5º, II, CRFB) e, em seu sentido estrito, resta consubstanciado no postulado de que não há crime nem pena sem prévia cominação legal (arts. 5º, XXXIX, CRFB e 1º, CP).

1.1. Origem (fonte): A doutrina diverge sobre a origem do princípio da legalidade, apontando para as Leis de Sólon (aproximadamente 600 a.C.), a Carta Magna de Leão (1188[1]) e a Carta Magna de João Sem Terra (1215[2]). Independentemente da verdadeira origem do princípio da legalidade, é inconteste que sua maior expressão está no Século das Luzes, cenário do iluminismo, palco para a Revolução Francesa. O princípio foi aprimorado por Montesquieu em seu "Espírito das Leis", de 1748 e teve grande repercussão na obra do Marquês de Beccaria, "Dos delitos e das penas", escrita em 1764.

Por fim, cumpre ressaltar que o princípio da legalidade ganhou notoriedade com o brocardo latino nullum crimen nulla poena sine lege, creditado a Feuerbach, em obra de 1813[3].

1.2. O princípio da legalidade nas Constituições e nos Códigos Penais Brasileiros: O princípio da legalidade esteve presente em todas as Constituições e Códigos Penais brasileiros.

Constituição	Localização	Código Penal	Localização
1824	Art. 179	1830	Art. 1º
1891	Art. 72	1890	Art. 1º
1934	Art. 113	1940	Art. 1º
1937	Art. 122		
1946	Art. 141		
1967	Art. 150		
1969	Art. 153		
1988	Art. 5º		

1.3. Fundamentos: A atuação do princípio da legalidade é lastreada sob três fundamentos: o político, exaltando a vinculação do Poder Executivo e do Judiciário ao que o legislador abstratamente criou, como forma de proteção frente a ingerências arbitrárias do Estado; democrático, desdobramento do fundamento político, segundo o qual, em respeito a divisão de Poderes, o Legislativo, órgão máximo de expressão da vontade popular, é o responsável pela criação de tipos penais, e; o jurídico, denotando que o efeito intimidativo do tipo penal decorre de uma lei prévia e clara.

1.4 Desdobramentos do princípio da legalidade: O princípio da legalidade se desdobra em três outros princípios (para alguns denominados de postulados, corolários ou subprincípios): reserva legal, taxatividade e irretroatividade.

a.1 Reserva Legal (ou legalidade em sentido estrito): Consiste exatamente no que está expresso no art. 5º, XXXIX, da CRFB, bem como no art. 1º do Código Penal, segundo o qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", inserindo-se no cenário da tipicidade formal, ou seja, subsunção entre a conduta e o tipo penal. Para ver reconhecido o princípio da legalidade como garantia, não basta a existência de lei em sentido estrito, fazendo-se necessária a existência de outros requisitos:

[1] LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2ª ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 19; DOTTI, René Ariel. Op. Cit., p. 128; SALIM, Alexandre Aranalde. Op. Cit., p. 67.
[2] HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 30-31.
[3] FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. Tratado de Derecho Penal., com tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaier, Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 61-63.

- **“Lex PRAEVIA” (lei prévia):** é necessário que a lei seja anterior ao fato que se quer punir (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia). Trata-se do princípio da anterioridade.
- **“Lex SCRIPTA” (lei escrita):** determina a exclusividade da lei para a criação e extinção de delitos e de penas, cujo campo de atuação não se dá apenas para as infrações tipificadas como crime, mas também no âmbito das contravenções penais, amparando não só as penas como também as medidas de segurança. Nesse contexto, pode-se afirmar a proibição de medidas provisórias sobre matéria penal (art. 62, § 1º, I, “b”, CFRB), bem como a proibição do direito costumeiro, ou seja, o costume não pode incriminar condutas (criar infrações penais) e nem cominar penas.
- **“Lex STRICTA” (lei estrita):** não cabe o uso da analogia em direito penal, salvo in bonam partem, quando presente lacuna involuntária do legislador.

Mandados de incriminação compulsória: Em alguns dispositivos constitucionais, como no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, da CRFB, o legislador constituinte deixou um comando ao legislador ordinário, determinando um tratamento diferenciado, mais gravoso, a determinados crimes, a exemplo do racismo, da tortura, do tráfico ilícito de drogas, do terrorismo, dos hediondos e das ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático. Parte da doutrina denomina tais dispositivos de mandados de criminalização (ou penalização).[4]

Trata-se, na clássica divisão de José Afonso da Silva, de norma constitucional de eficácia limitada, porque apresenta aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, necessitando da atuação do legislador infraconstitucional para que sua eficácia possa se produzir.[5]

a.2 Taxatividade da lei penal: Chamado por parte da doutrina como mandato de certeza, princípio da determinabilidade, princípio da determinação ou princípio da determinação taxativa[6]. Esse postulado determina que a lei penal deva ser clara, certa e precisa, para o perfeito entendimento de seus destinatários, o que garante segurança jurídica, pois limita o arbítrio judicial.

Questão que gera controvérsias no meio doutrinário é acerca da indagação se a norma penal em branco heterogênea, ou seja, aquela que necessita de complemento que provém de fonte diversa, fere o princípio da legalidade. De um lado, os que consideram afrontar o princípio da legalidade embasam a sua posição no fato de que o complemento não foi feito pelo poder competente para legislar em matéria penal, qual seja, o Poder Legislativo Federal[7]. Tem prevalecido, no entanto, posição doutrinária que entende não haver ofensa ao princípio da legalidade quando a norma penal em branco prevê o núcleo essencial da conduta, deixando ao Executivo apenas aspectos secundários.

a.3 Irretroatividade da lei penal: A lei penal só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os anteriores, salvo se para beneficiar o réu. Assim, permite-se a retroatividade da lei penal benéfica, prevista no art. 5º, XL, da CRFB, bem como no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

SUBSEÇÃO II - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (OU DA HUMANIDADE)

É tamanha a importância que o legislador constitucional deu à dignidade da pessoa humana, que a elevou a fundamento da República (art. 1º, III, CRFB). No art. 5º, III, a Carta Magna veda o tratamento desumano ou degradante. Dessa forma, a pena não pode desconsiderar os direitos fundamentais do preso enquanto ser humano. Afirma-se que o incremento desse princípio se deve a Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, na obra que, escrita em 1764, definitivamente, revolucionou o sistema penal, "Dos Delitos e das Penas".

Desse princípio decorre a inadmissibilidade das penas de morte, salvo em casos de guerra, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, direito de cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, o respeito à integridade física e moral dos presos, e o direito de as presas permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX e L, da CRFB). Denota-se, como corolário desse princípio, a viabilidade de cumprimento de pena privativa de liberdade em presídio federal, bem como da prisão domiciliar, diante de situações especiais.[8]

Discute-se a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, imposto aos condenados à pena de reclusão ou aos que estiverem temporariamente detidos, no caso de práticas de fatos previstos como crime doloso e que ocasione a subversão da ordem ou disciplina interna (art. 52 da Lei de

Execuções Penais). O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da constitucionalidade, por se tratar de regime proporcional à gravidade do fato praticado.[9]

SUBSEÇÃO III - PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Esse princípio está claramente expresso na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, em seu art. 8º, determina que "a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias".

Verdadeiro princípio-garantia, o princípio da intervenção mínima coloca o direito penal no seu devido lugar: na última fronteira (ultima ratio). Desse primado decorrem o caráter fragmentário e a natureza subsidiária do direito penal.

O caráter fragmentário do direito penal se deve ao fato de que ele não se ocupa de qualquer bem jurídico, mas dos mais relevantes. Da subsidiariedade, afirma-se que o direito penal só é chamado a intervir no conflito quando os outros ramos do direito se demonstrarem incapazes de tutelar os bens jurídicos relevantes.

[4] PONTE, Antonio Carlos. Crimes eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 151-166.
[5] MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação Penal Especial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 66.
[6] LUISI, Luiz. Op. Cit., p. 89.
[7] GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 25-26.
[8] AC 70035061290 – TJRS, 5ª. C.C., rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. 17.11.2010; AC 70037594975 – TJRS, 1ª. C.C., rel. Des. José Antônio Hirt Preiss, j. 04.11.2010.
[9] STJ: HC 44049/SP, 6ª T., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 12.06.2006.

SUBSEÇÃO IV - PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

Ao estudar as funções do direito penal, afirma-se que, “tradicionalmente, para o Direito Penal clássico, a tipificação de infrações penais se vincula à proteção de bens jurídicos inerentes ao indivíduo e à sociedade, sendo a punição justificada tão-somente se ocorrer a sua materialização, ou seja, a ofensividade decorrente da efetiva lesão (crimes de dano) ou, no mínimo, da exposição a efetivo perigo (crimes de perigo concreto)”, não se prestando à tutela de valores como moralidade, ideologia etc.

SUBSEÇÃO V - PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO (OU LAICIZAÇÃO)

No contexto da exclusiva proteção de bens jurídicos, afirma-se que não cabe ao direito penal tutelar valores de cunho moral, religioso, ético ou ideológico, porque estaria adentrando na esfera da intimidade dos indivíduos.

A principal função do princípio da secularização é afastar os critérios subjetivos na aplicação do direito penal, o que ocorre, por exemplo, na fixação da pena-base, em que a conduta social e a personalidade do agente são “valoradas” pelo juiz. Neste sentido, lembra CARVALHO que “os juízes não têm habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir ‘diagnósticos’ desta natureza”.[10]

Neste mesmo ambiente, situam-se as críticas à subjetividade do conceito de periculosidade, às limitações a direitos como consequência da reincidência, aos crimes de perigo abstrato (ou seja, de condutas ou comportamentos que abstratamente “possam” colocar em risco a sociedade), à “panaceia” da ressocialização da pena, ao Regime Disciplinar Diferenciado, bem como a todo e qualquer dispositivo que ingressa na esfera do “eu” do indivíduo.

A expressão do princípio da secularização é encontrada na Carta Magna em diversos dispositivos que asseguram liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV), de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI), de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII), a inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, X), e a livre manifestação do pensar (art. 5º, IX). Como instrumento da secularização surge o princípio da intervenção mínima (vide a diante), cuja missão primordial é restringir o arbítrio estatal em sua função legiferante.

[10] CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 34. 11 SALIM, Alexandre Aranalde. Op. Cit., p. 230.

[12] Expressão creditada a Francisco Dirceu Barros.

[13] Ver nossos comentários pormenorizados na obra “Leis Penais e Processuais Comentadas”.

SUBSEÇÃO VI - PRINCÍPIO DA SUBMISSÃO CONSTITUCIONAL

Também denominado de princípio da constitucionalidade das normas penais[11] ou da referência constitucional[12], este primado possui duas funções: a primeira decorre da Supremacia Constitucional, subordinando a Lei Penal à CRFB, sob pena de ser declarada inconstitucional e, portanto, inaplicável, como é o caso, por exemplo, da coleta direta da prova pelo juiz, que constava na revogada L. 9.034/95 (art. 3º), que, segundo o STF, feria o princípio do devido processo legal (ADIn 1560).[13] A segunda, base da teoria constitucionalista do delito, determina que só devem ser tutelados bens jurídicos que tenham relevo constitucional, como a dignidade, intimidade, patrimônio, vida etc.

SUBSEÇÃO VII - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Também denominado de princípio da vedação de arbítrio, princípio de avaliação de bens jurídicos, princípio de avaliação de interesses ou mandado de ponderação[14], este postulado deve orientar a toda ação estatal, desde a fase legislativa até a execução da pena, passando, também, pelo plano judiciário. O sentido da proporcionalidade remonta às leis de talião (Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas e Livro de Êxodo, 21:24, de Moisés) e a Carta Magna Inglesa de 1215, notabilizando-se nos ideais iluministas, notadamente nos escritos de Montesquieu e de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria.

No plano legislativo é que se encontram as maiores afrontas ao princípio da proporcionalidade, causando sério desequilíbrio no sistema penal.

Com base nesse princípio, o STF[15] declarou "inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa)."

No plano judicial, o magistrado deve aplicar a pena proporcional à agressão ao bem jurídico e que seja, ao mesmo tempo, suficiente à reprovação e prevenção do crime.

a) Caracteres: A doutrina alemã, acompanhada pela brasileira, estrutura o princípio da proporcionalidade em três caracteres essenciais: necessidade (indispensabilidade ou exigibilidade do meio adotado), adequação (pertinência ou idoneidade) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

- **Necessidade:** O axioma da necessidade evidencia o caráter fragmentário e a natureza subsidiária do Direito Penal, caracterizadores da intervenção mínima, no sentido de que só deve entrar em cena quando as demais formas de controle social (direito administrativo, civil etc.) se demonstrarem insuficientes. A necessidade tem como limitadores os princípios da proibição do excesso e da proibição de proteção deficiente (vide comentários adiante).

- **Adequação:** neste particular, deve-se examinar se a medida adotada pelo Estado atende aos fins pretendidos pela norma penal (proteção do bem jurídico, reprovação e prevenção do crime).
- **Proporcionalidade em sentido estrito:** a escolha do meio a ser utilizado deve recair sobre aquele que, no caso concreto, melhor atender o fim pretendido. Assim, "Um meio é proporcional se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca".[16]

b) Estrutura do princípio da proporcionalidade: O princípio da proporcionalidade se estrutura sob duas perspectivas[17], ou seja, pelo viés de um garantismo negativo, consubstanciado na proibição contra os excessos do Estado e pela ótica de uma espécie de *garantismo positivo*, consistente na *proibição de proteção deficiente*.

- **Princípio da proibição do excesso:** Consiste em um verdadeiro sistema de freios de Leviatã, ou seja, na proteção contra os abusos do Estado, resguardando os direitos fundamentais dos cidadãos. Por certo que os Atos Institucionais[18,] de triste recordação na história brasileira, afrontaram este princípio, absolutamente ignorado à época, em face da restrição excessiva de diversos direitos fundamentais.
- **Princípio da proibição de proteção deficiente:** Também denominado de princípio da insuficiência ou de proibição de omissão, o princípio da proibição de proteção deficiente consiste em uma verdadeira cláusula mandamental

dirigida ao Estado determinando a adoção das medidas suficientes e necessárias à proteção dos direitos fundamentais. O princípio da insuficiência não se dirige apenas ao legislador, impondo-lhe proibição de omissão, mas, também, ao Poder Judiciário. No plano legislativo, o aludido princípio se assemelha ao mandado de criminalização (ou penalização), no sentido da proibição do Poder Legislativo se omitir diante dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais. Com fundamento neste princípio, o STF, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de se aplicar a regra prevista no inc. VII do art. 107 do CP (vigente à época), extinção da punibilidade pelo casamento do agressor com a vítima, em favor de condenado por estupro, que passou a viver em união estável com a vítima, menor de quatorze anos, e o filho, fruto da relação. A ideia da proibição da proteção deficiente no plano judiciário levou em conta, essencialmente, as circunstâncias terríveis em que ocorrido o crime, quais sejam, o de ter sido cometido pelo tutor da menor, e quando esta tinha nove anos de idade.[19]

[14] ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 112.
[15] Tema 1003 (RE 979962).
[16] ÀVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 110.
[17] STRECK. Lenio Luis. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, IHJ, 2004, pp. 243 e segs.
[18] Normas elaboradas no período de 1964 a 1969, durante o regime militar. Foram editadas pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica ou pelo Presidente da República, com o respaldo do Conselho de Segurança Nacional. Esses atos não estão mais em vigor.
[19] RE 418376/MS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, 09.02.2006.

Efeito “cliquet”: A expressão “cliquet” é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite subir. No Brasil, a expressão pode ser adotada no contexto do princípio da vedação de retrocesso, no qual os direitos só podem avançar sem retroceder.

SEÇÃO II - PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PENOLOGIA

SUBSEÇÃO I - PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE

> “(...) e que separada a cabeça do corpo seja levada a Villa Rica, donde será conservada em poste alto junto ao lugar de sua habitação, até que o tempo a consuma; que o corpo seja dividido em quatro, e pregados em iguais postes pela estrada de Minas nos lugares mais públicos (...) que a casa de sua habitação seja arrasada e salgada, e no meio de suas ruínas levantado um Padrão em que se conserve para a posteridade a memória de tão abominável Réu e delito, e que ficando infame para sempre seus filhos e netos lhe sejam confiscados seus bens para a Coroa e Câmara Real.”

Do trecho extraído do mandado de execução das penas impostas a Tiradentes, verifica-se que no passado a pena transcendia a pessoa do condenado. Atualmente, por força de disposição constitucional (art. 5º, XLV, CRFB) 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. Também chamado de princípio da impessoalidade, personalidade, intransmissibilidade, intranscendência ou incontagiabilidade da pena.

A doutrina se divide com relação ao caráter absoluto ou relativo do princípio da pessoalidade, especialmente no que se refere ao confisco. Uns apregoam que o princípio da pessoalidade é relativo, na medida em que o confisco pode passar da pessoa do ofensor.

Em sentido contrário, a segunda corrente rebatendo os argumentos da primeira, aduz que o princípio é absoluto, não admitindo exceções, pois confisco não é pena e sim efeito da condenação. Referem também que o caráter absoluto resta inconteste diante do disposto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 3º. - "A pena não pode passar da pessoa do delinquente").

SUBSEÇÃO II - PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Para evitar a padronização da reprimenda penal, o art. 5º, XLVI, da CRFB, determina que a lei regulará a individualização da pena, determinando a estrita correspondência entre a ação do agente e a repressão do Estado, o que, segundo a doutrina tradicional, ocorre nos planos legislativo, judiciário e executivo.

No plano legislativo ou da cominação, a individualização leva em conta o bem jurídico que o tipo penal objetiva resguardar, editando-o com patamares mínimo e máximo da pena, fixados previamente. Quando o legislador fixa as penas mínima e máxima muito próximas, como o fez com relação ao crime qualificado de condução de embarcação ou aeronave pós-consumo de drogas (art. 39, parágrafo único, da L. 11.343/06) afirma-se que afrontou ao princípio da individualização da pena, porque não deu ao Juiz uma margem segura para aplicar

a reprimenda suficiente e necessária à reprovação e prevenção do crime.

No plano judicial ou da aplicação, o princípio da individualização se verifica com a sentença devidamente fundamentada, em que o julgador, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, fixa a pena que entenda necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, prolatando-a por intermédio do processo trifásico (pena base/circunstâncias judiciais, agravantes/atenuantes, aumento/diminuição de pena). Inclui-se também no processo de fixação, a escolha do regime de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto), além dos benefícios legais eventualmente aplicados (substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito ou multa). Considera-se, outrossim, a possibilidade de aplicar a suspensão condicional da pena.

No plano administrativo ou da execução, a individualização se corporifica na medida em que a pena deve observar as condições pessoais do condenado, no que diz respeito ao tratamento penitenciário e benefícios penais. Foi exatamente neste plano que se declarou inconstitucional a vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, discussão superada em razão da alteração promovida pela L. 11.464/07.

SUBSEÇÃO III - PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM OU NE BIS IN IDEM

Conhecido no direito norte-americano como double jeopardy, o princípio do *"ne bis in idem"* deve ser visto sob três enfoques: ninguém poderá ser processado (aspecto processual), condenado (aspecto material) ou executado (aspecto execucional) duplamente pelo mesmo fato.

Conforme o art. 14, 7, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, "Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país".

Pelo art. 8º, 4, do Pacto de São José da Costa Rica "O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos". No art. 5º, XXXVI e XXXVIII, da CRFB, o legislador constituinte edificou o império do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem como a soberania dos veredictos no Tribunal do Júri.

O art. 8º do CP também evidencia o ne bis in idem na medida em que determina "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas".

Discute-se na doutrina se a agravante da reincidência (art. 61, I, CP) afronta o princípio do ne bis in idem. Para uma primeira corrente doutrinária a agravação da pena pela reincidência fere o princípio em comento, argumentando que se está considerando duas vezes o mesmo fato em prejuízo do réu.

Por outro lado, a segunda corrente preconiza inexistir qualquer ofensa ao princípio, sob o enfoque do princípio da individualização da pena, reconhecendo maior reprovabilidade na conduta daquele que é contumaz violador da lei penal.[20] É a corrente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.[21] No mesmo sentido, no julgamento do RE 453000, entretanto, o STF decidiu que "surge harmônico com o princípio constitucional da individualização da pena o inci-

so I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência".

No campo processual, cabe exceção de coisa julgada (art. 95, V, CPP) quando for proposta ação diante de fato já julgado pelo Poder Judiciário (mesmos pedido, partes e causa de pedir).

Configura-se a litispendência (art. 95, III, CPP), entretanto, quando existem duas ou mais ações idênticas em curso. Somente depois da citação do réu no segundo processo é que se forma a litispendência. São consideradas idênticas as ações em que fique configurada a "tríplice identidade".

SUBSEÇÃO IV - PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À CONTA CORRENTE – "CARTA DE CRÉDITO CARCERÁRIO"

Significa que, mesmo que condenado erroneamente ou permaneça preso por tempo superior ao determinado na sentença, o agente não terá direito a um crédito carcerário a seu favor, devendo a situação ser resolvida no âmbito da responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, CRFB).

SUBSEÇÃO V - PRINCÍPIO DA NECESSIDADE E SUFICIÊNCIA CONCRETA DA PENA

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

[20] SALIM, Alexandre Aranalde. Op. Cit., p. 230.
[21] REsp 984.578-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 05.06.2008.

Em diversos dispositivos consta que o Juiz pode deixar de aplicar a pena em determinadas situações previstas em lei. A hipótese mais conhecida é a do homicídio culposo em que o magistrado observa que as consequências do crime atingiram seu autor de forma tão severa que a pena se torna desnecessária (ex.: pai que atropela e mata o próprio filho). Trata-se do instituto denominado de perdão judicial (vide Título – DAS PENAS), que tem natureza de causa extintiva de punibilidade (art. 107, IX, CP).

SEÇÃO III - PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO FATO

SUBSEÇÃO I - PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE

O fundamento do Direito Penal liberal é a ofensividade a bem jurídico. Assim, não há infração penal se a conduta não produzir efetiva, concreta e relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (nullum crimen sine iniuria). Neste contexto se discute a tipificação de crimes de perigo abstrato, dos delitos de acumulação e da tutela de bens jurídicos supraindividuais (coletivos), o que se tem denominado de espiritualização (desmaterialização, liquefação, dinamização ou irradiação) dos bens jurídicos.

Condutas internas: sentimentos, pensamentos, desejos, etc.

Condutas que não excedam ao âmbito do próprio autor: ver nossos comentários ao princípio da alteridade ou da transcendentalidade.

Simples estados ou condições existenciais: ver nossos comentários ao princípio da materialização (ou exteriorização) do fato, refutando-se a ideia do direito penal do autor.

SUBSEÇÃO II - PRINCÍPIO DA MATERIALIZAÇÃO (OU EXTERIORIZAÇÃO) DO FATO

Na vigência do Estado Democrático, o Direito Penal só pode incriminar condutas humanas voluntárias, isto é, fatos (nullum crimen sine actio).

O art. 2º, CP embasa esse princípio ao dispor que "ninguém poderá ser punido por fato que deixa de ser considerado crime", revelando a existência de um direito penal do fato em nosso ordenamento penal.

Modernamente, a doutrina critica a contravenção penal da vadiagem (art. 59, D.L. 3.688/41), ressaltando que punição leva em consideração o que o agente é, o que denota a existência de um direito penal do autor.

A diferença marcante entre o direito penal do fato e o do autor é que o primeiro pune o agente pelo que ele fez, enquanto segundo, pelo o que ele é.

De triste e vergonhosa lembrança para a humanidade, o "führer" do Reich alemão, Adolf Hitler, instituiu o Direito Penal do Autor, patrocinando o genocídio de milhões de inocentes. A tentativa de ressuscitar esta modalidade odiosa é encontrada no Direito Penal do Inimigo.

SUBSEÇÃO III - PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Revela-se com a exclusão da tipicidade de comportamentos considerados socialmente adequados, ou seja, amoldada com a realidade social da atualidade e aos preceitos gerais de direito. O socialmente adequado é aferido pela aceitação ou da indiferença demonstrada pela reação da sociedade em confronto com a conduta posta em evidência.

Assim, as condutas compreendidas como toleráveis não são consideradas típicas, desde que praticadas dentro dos limites da ordem social.

Note-se que a aplicação dessa teoria, desenvolvida por Hans Welzel, atinge apenas a tipicidade material, sendo que o comportamento continua formalmente típico, por sua subsunção à norma penal incriminadora.

A título exemplificativo de aplicação desse princípio, pode-se citar a utilização de tatuagem, a circuncisão, as pequenas lesões desportivas e os trotes acadêmicos, desde que realizados de forma moderada.

SUBSEÇÃO IV - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Embora tratado por parte da doutrina como um princípio[22,] trata-se, em verdade, de um critério de avaliação do comportamento, do dever de cuidado, segundo o qual se proíbe a exigência de que o indivíduo tenha previsão perante ações descuidadas de terceiros. Ao contrário, aquele que age dentro da normalidade das relações sociais, diga-se, dentro dos limites do risco permitido, tem o direito de esperar que os demais assim atuem (confiança permitida), impossibilitando que seja a ele imputada a previsibilidade de um comportamento imprudente, contrário ao dever de cautela praticado por outrem.

Exclui a imputação subjetiva, desde que, na concorrência de ações, o agente que o invoca tenha agido com o dever de cautela exigível para o caso concreto, em consonância com as regras de experiência comum.

É utilizado em atividades compartilhadas, como é o caso das relações no trânsito, em que há a participação dos pedestres e dos demais condutores, e nos trabalhos em equipe, como ocorre, por exemplo, nas intervenções cirúrgicas. Todavia, esse princípio não possui o condão de legitimar o comportamento descuidado, o que, se perpetrado, levaria a crer, erroneamente, a existência de compensação de culpas no campo penal. Exemplificando, não se exclui a responsabilidade penal do motorista do veículo automotor que atropela uma criança na condução de uma bicicleta que empreende uma manobra inesperada sob o argumento que não esperava dela tal conduta (abuso da situação de confiança[23] ou confiança proibida).

SUBSEÇÃO V - PRINCÍPIO DA ALTERIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE

Desenvolvido por Claus Roxin, este primado veda a incriminação de condutas meramente subjetivas (pensamentos) ou moralmente censuráveis, mas que não afetem nenhum bem jurídico. Como decorrência do princípio da alteridade, o resultado só é relevante quando afeta terceiras pessoas ou seus interesses. Por essa razão, a tentativa de suicídio e a autolesão são impuníveis. No último caso, a conduta pode configurar crime equiparado ao estelionato, denominado de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro quando o agente "destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro" (art. 171, § 2º, V, CP).

Na hipótese de o agente "Criar ou simular incapacidade física, que inabilite o convocado para o serviço militar", a conduta caracteriza o crime do art. 184 do Código Penal Militar (Decreto-Lei n.º 1.001/69).

Nesse prisma é que parte da doutrina aduz ser reprovável a conduta do Estado ao etiquetar como fato criminoso a conduta cujos resultados não transcendem a órbita de direitos da pessoa supostamente lesada por sua própria vontade – ninguém pode ser punido por ter feito mal a si mesmo -[24], trazendo à tona a [in] constitucionalidade da incriminação penal da posse de drogas para uso próprio (art. 28, caput, Lei 11.343/06), quando o fato não ultrapassa o âmbito privado do agente.[25]

SUBSEÇÃO VI

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

a) Origem: O princípio da insignificância, também denominado de princípio da bagatela, cuja origem remonta ao Império Romano, era aplicável tão-somente ao Direito Civil (minimus non curat praetor). Seu melhor desenvolvimento na esfera penal se deve a Claus Roxin, que o considerou como um verdadeiro auxiliar interpretativo ou como um mecanismo de interpretação restritiva do tipo penal, ou seja, de análise do desvalor da conduta e do resultado.

[22] Esta é a ideia concebida por Günther Jakobs.
[23] CAPEZ. Fernando. Op. Cit., p. 17.
[24] Idem, p. 15.
[25] GOMES, Luiz Flávio. Legislação Criminal Especial. Coleção Ciências Criminais, vol. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 174.

Conforme visto anteriormente, ao Direito Penal é reservada a posição de ultima ratio e só entra em cena quando outros ramos do Sistema Jurídico forem insuficientes, e, ainda assim, somente quando houver efetiva lesão ou ameaça a bem jurídico relevante, o que evidencia a intervenção mínima, a subsidiariedade, a fragmentariedade e a ofensividade.

b) Natureza jurídica: A insignificância constitui causa excludente de tipicidade (atipificante), tendo em vista que, caracterizada a bagatela, opera-se apenas a tipicidade formal (juízo de subsunção entre o fato praticado e a norma penal incriminadora), não havendo, entretanto, tipicidade material (efetiva lesividade ao bem jurídico), quando preenchidos requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

c) Impropriedade terminológica: Comumente, adota-se a expressão infração (crime ou delito) bagatelar como sinônimo do princípio da insignificância. Como afirmamos anteriormente, o princípio da insignificância afasta a tipicidade material e, por conseguinte, o próprio delito.

d) Classificação doutrinária: GOMES, BIANCHINI e DAHER subdividem o princípio da insignificância em duas distintas classificações:[26]

- **Bagatela própria:** A infração bagatelar própria é a que já nasce sem nenhuma relevância penal, quer pela inexpressividade da conduta, quer pela do resultado.

- **Bagatela imprópria:** Trata-se da hipótese em que a infração "não nasce irrelevante para o Direito penal, mas depois verifica-se que a incidência de qualquer pena se apresenta totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato). No direito legislado há vários exemplos disso: no crime de peculato culposo, v.g., a reparação dos danos antes da sentença irrecorrível extingue a punibilidade. Isto é, a infração torna-se bagatelar (em sentido impróprio) e a pena desnecessária".[27] Mais adiante explicaremos a origem desta conclusão, que remonta ao sistema funcionalista de Claus Roxin.

e) Requisitos: Diante da ausência de positivação, o que se justifica por se tratar de princípio, os requisitos para a aplicação do postulado são extraídos da jurisprudência do STF e do STJ. Alertamos, de plano, que, diante da constante oscilação na jurisprudência, a atualização por parte do leitor é imprescindível.

- **Objetivos:** Traduzem-se como requisitos objetivos autorizadores da aplicação desse princípio, conforme reiteradas decisões do STF[28], a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão provocada ao bem jurídico tutelado.
- **Subjetivos:** Dos requisitos subjetivos, extrai-se necessidade de averiguação da condição econômica da vítima, o valor sentimental do bem[29], bem como as circunstâncias e resultado do crime.

Condições pessoais da vítima: podem ser levadas em consideração na análise da configuração da criminalidade bagatelar. Assim, mesmo que no plano abstrato a lesão ao bem jurídico possa ser considerada ínfima, a condição vulnerável da vítima (em razão da idade[30], de sua condição física ou mental, econômica, entre outras) pode afastar o reconhecimento da atipificante.

Condições pessoais do agente: No que diz respeito à análise da vida pregressa do agente para a constatação da criminalidade de bagatela, há dois entendimentos: para uma primeira corrente jurisprudencial, a reincidência e os maus antecedentes obstam o reconhecimento da insignificância, pois, do contrário, estar-se-ia incentivando a prática reiterada de determinados delitos.[31] Outra corrente, entretanto, entende que a insignificância é do fato cometido e não da pessoa em si, devendo ser considerados apenas os aspectos objetivos, não podendo, apenas por tal motivo, obstar ao julgador a aplicação do instituto.[32] Diante da divergência jurisprudencial a respeito do tema, sugere-se que, em provas de concursos, os candidatos observem a tendência da banca examinadora.

Reincidência: No julgamento conjunto de três hábeas-córpus, todos com pacientes condenados por furto, envolvendo reincidência, concurso de pessoas e qualificadoras em razão de escalada e rompimento de obstáculo, o Plenário do STF decidiu que a incidência do princípio da insignificância deve ser feita caso a caso. [33]

f) Teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos: No julgamento do HC 114.723, o STF decidiu que "a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser valorada, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia (socialmente considerada), como fator impeditivo do princípio da insignificância".

g) Infrações de menor potencial ofensivo: O delito bagatelar não se confunde com as infrações de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95), sendo que nelas a ofensa não pode, a priori, ser acoimada de insignificante, sendo possível, todavia recair sobre elas a aplicação do princípio da insignificância quando preenchidos os requisitos.

h) Infrações de médio potencial ofensivo: São assim denominadas as infrações penais que tem pena mínima igual ou inferior a um ano, independentemente do patamar máximo, podendo-se aplicar o benefício da suspensão condicional do processo, desde que preenchidos os requisitos do art. 89 da L. 9.099/95. Não há qualquer óbice ao reconhecimento do princípio da insignificância quando verificados os requisitos objetivos e subjetivos.

[26] GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. Flávio DAHER. Princípios Constitucionais Penais. LivroNet: Atualidades do Direito, 2015, p. 15-16.
[27] http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008145549539p. Acesso em 05.04.2015.
[28] STF: RHC 96813/RJ, 2ª. T., rel. Min. Ellen Gracie. 31.03.2009.
[29] Entendendo de forma diversa, Nucci preconiza que "não se pode pretender tutelar penalmente coisa de valor puramente sentimental, ao menos no contexto do patrimônio. Danos e subtrações de bens sem qualquer valor econômico chegam a constituir, na realidade, danos morais, jamais materiais". (NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 172.
[30] STJ: REsp 835.553/RS, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, 20.03.2007.
[31] STJ: HC 32729/SP, 6ª T., rel. Min. Paulo Galotti, 18.06.2007.
[32] STJ: HC 170260/SP, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, 19.08.2010.
[33] STF: HC 123108/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015.

SEÇÃO IV - PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO AGENTE DO FATO

SUBSEÇÃO I - PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Este princípio apresenta seis distintas funções: consagra a responsabilidade subjetiva e pessoal, funciona como pressuposto da imputação penal, integra a própria estrutura do crime, atua como elemento orientador de aplicação da pena e conserva o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

a) Responsabilidade penal subjetiva: Em decorrência do princípio da culpabilidade afere-se que não há responsabilidade imputada a alguém que não tenha agido com dolo ou culpa (*nulla poena sine culpa*), o que é reforçado pelo Código Penal, segundo o qual "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, *senão quando o pratica dolosamente*" (art. 18, Parágrafo único) e *"Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só* responde o agente que houver causado ao menos culposamente" (art. 19). Alguns dispositivos da legislação penal brasileira afrontam claramente o princípio da culpabilidade ao prever a responsabilidade penal objetiva. A exemplo disso está a primeira parte do art. 3º da Lei das Contravenções Penais "Para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária." Prevalece na doutrina que essa parte do dispositivo é incompatível com o atual sistema penal, que veda a responsabilidade penal objetiva. Assim, para a configuração da contravenção, deve-se perquirir, sempre, na conduta do agente, o dolo ou a culpa.

No mesmo sentido, o art. 13, parágrafo único, da L. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) determina que "Nas mesmas penas incorrem o proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores que deixarem de registrar ocorrência policial e de comunicar à Polícia Federal perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de arma de fogo, acessório ou munição que estejam sob sua guarda, nas primeiras 24 (vinte quatro) horas depois de ocorrido o fato."

A Lei se refere às primeiras 24 (vinte quatro) horas depois de ocorrido o fato. Da forma como foi concebido o texto legal, pode-se chegar à responsabilização do agente sem culpa. Imagine-se, a título de exemplo, o caso do proprietário de uma empresa de segurança privada que sofre um grave acidente automobilístico, ficando em coma por três meses. Nesse período, uma arma de sua empresa é furtada, sem que tenha havido registro de ocorrência e comunicação do fato à Polícia Federal. Pela exegese da Lei, este agente poderia ser punido, o que se afigura um absurdo. Assim, tal prazo só passará a fluir a partir da ciência do fato, caso contrário, estar-se-ia admitindo a responsabilidade penal objetiva.

A tipificação do crime de rixa qualificada (art. 137, parágrafo único, do CP), também parece conter resquício de responsabilidade objetiva na medida em que prevê que "Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos".

No caso da punição da embriaguez voluntária ou culposa (art. 28, II, CP), o que é explicado pela teoria da actio libera in causa, a doutrina ressalva a hipótese em que, antes de se embriagar, era imprevisível a possibilidade de praticar o crime, pois, do contrário, haveria responsabilidade penal objetiva.

Autorresponsabilidade ou determinação do próprio risco: Os eventuais resultados danosos que decorrem do arbítrio pessoal, ou seja, da ação livre e consciente do sujeito, desde que responsável por seus atos, não podem ser imputados a pessoa que o tenha anteriormente motivado. Assim, se determinada pessoa incentiva a outra à prática de esportes radicais e esta sofre acidente e morre, nenhuma imputação lhe será feita, em razão da autorresponsabilidade da vítima.

b) Responsabilidade pessoal [ou vedação à responsabilidade por fato de outrem]: Como afirmado no tópico anterior, a responsabilidade penal é atrelada à culpabilidade do agente. Nesse contexto é que se extrai a proibição de denúncia genérica contra vários possíveis coautores ou partícipes, por mera presunção de dolo e culpa, punindo-se pessoas a título de responsabilidade penal objetiva. Tem-se admitido, todavia, em caráter excepcional quando comprovada a atuação dolosa ou culposa de várias pessoas, ainda que não se tenha elementos suficientes para individualizar a conduta de cada uma delas.

Esse princípio é utilizado como argumento questionador da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sob o foco de que seria uma responsabilidade coletiva. No ponto, Nucci contesta alegando inexistir qualquer afronta ao princípio

da personalidade, posto que, no cenário dos crimes ambientais, punida criminalmente a pessoa jurídica, de forma direta, apenas esta é que sofre os prejuízos[34].

c) Pressuposto da imputação penal: Pela teoria normativa pura, a culpabilidade é integrada pela imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade é apontada pela doutrina como pressuposto da culpabilidade, enquanto a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são os seus *requisitos*.

Dessa forma, estará afastada a responsabilidade penal diante de qualquer causa de exclusão da imputabilidade (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, menoridade, embriaguez acidental completa decorrente de caso fortuito e força maior e dependência de drogas) da potencial consciência da ilicitude (erro de proibição inevitável e descriminantes putativas por erro de proibição) e da exigibilidade de conduta diversa (coação moral irresistível, obediência hierárquica e outras supralegais, como a inexigibilidade de conduta diversa).

d) Elemento estruturante do crime: Para os adeptos do conceito tripartido (tricotômico ou tripartite), o crime é um fato típico, ilícito e culpável. Pelo conceito bipartido (dicotômico ou bipartite), a culpabilidade não integra a estrutura do crime, atuando, tão-somente, como pressuposto de aplicação da pena.

[34] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 154.

e) Elemento orientador de aplicação da pena: A retribuição pelo fato praticado pelo agente nos exatos limites de sua culpabilidade obedece ao sistema trifásico (nas penas privativas de liberdade), em que, na primeira, o Juiz analisa as circunstâncias judiciais (art. 59, CP), na segunda, as agravantes e as atenuantes (arts. 61, 62, 65 e 66, CP), e, na terceira, as causas de aumento e de diminuição, tanto da parte geral, quanto da parte especial do Código Penal.

A culpabilidade em sentido estrito é observada quando, na fixação da pena-base, o Juiz atenta para as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesses termos, a culpabilidade é representada pelo grau de censurabilidade e pelo juízo de reprovabilidade da conduta do réu, por optar por um comportamento ilícito, podendo agir de forma diversa, ou seja, de acordo com o direito, frustrando a expectativa que os demais indivíduos têm a seu respeito. Parte da doutrina considera que o menor ou maior grau de reprovação da conduta é aferida a partir da análise das demais circunstâncias judiciais, ou seja, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.

f) Estado [ou presunção] de inocência: Previsto no art. 5º, LVII, da CRFB, este princípio é também denominado "da presunção de inocência" ou da "presunção de não-culpabilidade".

Já constava da Declaração Francesa de 1789 no art. 9º: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado (...)".

A Declaração Universal de 1948 assentou, com mais detalhes, que “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (art. XI).

A presunção de inocência foi repetida também no art. 8º, §2º, do Pacto de São José da Costa Rica (introduzido no Brasil pelo Decreto Federal n. 678/92) e no art. 14, §2º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966.

Como decorrência desse princípio, foi editada a Lei 11.719/08 que revogou o art. 594 do Código de Processo Penal, o qual exigia o recolhimento à prisão ou pagamento de fiança para que o acusado pudesse interpor recurso de apelação da decisão condenatória.

Discute-se a afronta ao estado de inocência com as prisões provisórias, prevalecendo que são admitidas desde que presentes o fumus commissi delicti e o periculum libertatis, que evidenciam a necessidade da segregação cautelar do investigado.

Questiona-se, também, a possibilidade de execução provisória da pena, isto é, cumprir pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, passando-se a diferenciar o tratamento para o condenado provisório preso e para aquele que ainda goza da liberdade. Assim, para o condenado provisório preso admite-se a execução provisória, a teor da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal e da Resolução nº 19 do Conselho Nacional de Justiça, permitindo-se,

inclusive, a progressão de regime antes mesmo do trânsito em julgado. Já para aquele que está recorrendo em liberdade, não se admite a execução provisória, por ferir o princípio da presunção de inocência.

SUBSEÇÃO II PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU ISONOMIA

A CRFB proclama que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (art. 5º).

Aristóteles já asseverava que igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Entretanto, para a sua implementação, deve-se observar dois planos distintos: o da igualdade formal, ou seja, a que veda ao Estado tratamentos discriminatórios e a limitação arbitrária dos direitos fundamentais (proibição de excesso); e o da *igualdade material*, por meio de leis e políticas públicas adequadas que possibilitem a superação das eventuais desigualdades fáticas e específicas (proibição de proteção deficiente).

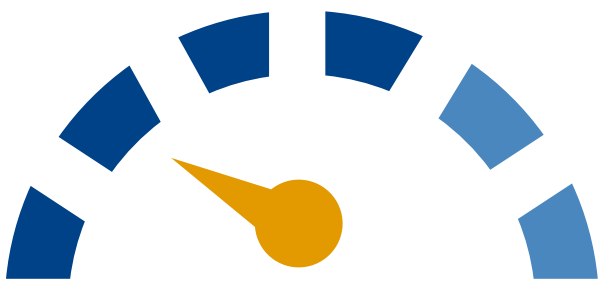
Foi consubstanciado nesse princípio que o conceito de infração de menor potencial ofensivo (art. 61, L. 9.099/95) foi uniformizado pela L. 11.313/05, pois havia descompasso entre as leis n.º 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais Estaduais) e 10.259/01 (Juizados Especiais Criminais Federais).

CAPÍTULO II - EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O assunto que mais tem ocupado os diversos segmentos de operadores do Direito (doutrina, jurisprudência, academia etc.) é, sem dúvida, o que diz respeito aos "rumos" do direito penal moderno e a proposição de um sistema (ou modelo) capaz de atender a evolução da sociedade e as novas formas de criminalidade. No fundo, o que se busca é o discurso (re)legitimador do direito penal em face das liberdades conquistadas ao longo dos tempos, notadamente a partir do movimento iluminista.

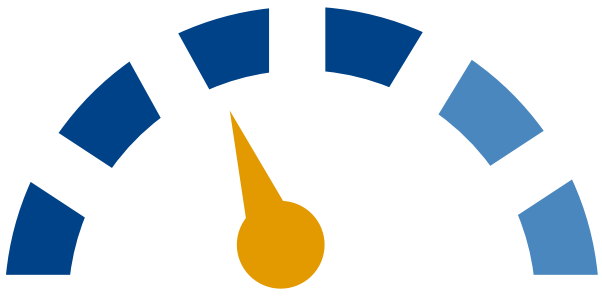
SEÇÃO I - VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Desenvolvida pelo professor catedrático da Universidade Pompeu Fabra de Barcelona, Jesús-María Silva Sánchez, a teoria das velocidades do direito penal propõe vários modelos de enfrentamento à criminalidade.



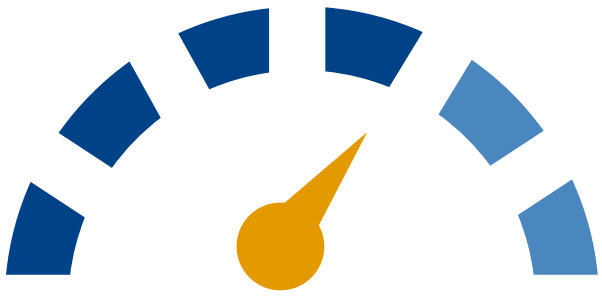
1. Primeira velocidade

A *primeira velocidade* corresponde ao modelo liberal-clássico, representado pelo direito penal "da prisão", mantendo os princípios político-criminais e processuais clássicos, bem como as regras de imputação, exigindo um procedimento amplo e garantista e, por isso, mais moroso. Esta formatação de direito penal deve ser reservada aos crimes de efetiva lesão ou de perigo concreto.



2. Segunda velocidade

segunda velocidade é destinada aos casos de penas restritivas de direitos ou pecuniárias, admitindo-se a flexibilização dos princípios penais e processuais, tornando o processo mais dinâmico e, consequentemente, mais ágil e célere, uma vez que não envolve a privação de liberdade. Neste contexto, inserem-se os crimes de perigo abstrato (como os socioeconômicos) e os de acumulação (como os ambientais). No Brasil, este modelo de direito penal começou a ser introduzido com a Reforma Penal de 1984 (reconhecimento das penas alternativas) e se consolidou com a edição da Lei dos Juizados Especiais, notadamente pelos institutos despenalizadores (melhor chamá-los de "descarcerizadores"), como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo (arts. 74, 76 e 89 da Lei n. 9.099/95).



3. Terceira velocidade

A terceira velocidade, por seu turno, da mesma forma como a primeira velocidade, admite a pena privativa de liberdade, mas com relativização (beirando à inobservância) das garantias processuais e penais do cidadão e das regras de imputação. Este modelo de direito penal, na concepção daqueles que o admitem, deve ser reservado à macrocriminalidade, (pampenalismo, direito penal de urgência ou de emergência), como o crime organizado e o terrorismo. Neste contexto, surge direito penal do inimigo.

Direito Penal do inimigo: O tema será abordado a partir das formulações de Günther Jakobs que, sem dúvida, é o maior expoente, mas sugere-se, ao leitor, pesquisa sobre seus antecedentes, abrangendo juristas alemães, dentre os quais Carl Schmitt, Carl Binding, Franz Von Liszt e Edmund Mezger, este último acusado frontalmente por Francisco Muñoz Conde, de ter elaborado um projeto de lei para o tratamento dos "Estranhos à Comunidade", propondo a existência de dois (ou mais) "direitos penais": um voltado para a generalidade, respeitando-se os princípios vigentes, e, outro, para grupos de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinquentes por tendência.[35]

Günther Jakobs | Direito Penal do Cidadão x Direito Penal do Inimigo[36]: Esta dicotomia é apontada Günther Jakobs, professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito, na Universidade de Bonn, Alemanha, para quem "não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal", arrematando que "O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo combate perigosos".

O que o autor coloca em discussão é a real efetividade do direito penal, pugnando pela flexibilização ou supressão de garantias materiais e processuais até antes reputadas como intocáveis e absolutas.

As principais características da teoria do direito penal do inimigo, na concepção de seu criador, são as seguintes:

✓ Os referenciais filosóficos são Rosseau e Fichte (cuja concepção não é seguida por Jakobs), Hobbes e Kant.

✓ Os delinquentes são classificados em duas categorias diferenciadas: na primeira continuariam a ter o status de cidadão,

Uma vez que, ao infringir a lei, teriam o direito de serem julgados dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, podendo ajustar-se novamente à sociedade; os outros, no entanto, seriam considerados inimigos do Estado e como adversários receberiam um tratamento rígido e diferenciado, perdendo o direito às garantias legais e sendo afastados, ante a impossibilidade de se adaptarem às regras sociais.

✓ São considerados inimigos os agentes da "criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, dos crimes sexuais e outras infrações penais perigosas".

✓ Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

[35] FARIA, César. Considerações Acerca Do Processo Penal Do Inimigo. Disponível em: https://direito.fasa.edu.br/k/bej/8231372.pdf Acesso em dezembro de 2021.
[36] JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. Noções e críticas. (traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19 a 50.

✓ O inimigo deve ser submetido à medida de segurança ao invés da pena, porque o que se busca evitar é a sua periculosidade, ou seja, o perigo que representa para a sociedade. Dessa forma, o Direito Penal abandona a natureza retrospectiva (punir o agente pelo que ele fez), assumindo uma postura prospectiva (puni-lo pelo que poderá fazer), porque o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos.

✓ O inimigo deve ser interceptado já no estado prévio (antecipação da punibilidade dos atos preparatórios), a quem se combate por sua periculosidade (pune-se o sujeito pelo o que ele é), aplicando-se-lhe uma custódia de segurança (ex.: terrorista). Assim, enquanto o Direito Penal do Cidadão só entra em cena depois da exteriorização da conduta criminosa (manutenção da vigência da norma penal), o Direito Penal do Inimigo se antecipa para combater "perigos" (antecipação da tutela penal).

✓ O juízo de culpabilidade resta substituído pela aferição da periculosidade do inimigo na fixação de sanções.

✓ No âmbito processual, o Estado suprime direitos de modo juridicamente ordenado para eliminar riscos terroristas.

Neste contexto, elimina-se, por exemplo, a possibilidade de um preso se comunicar com seu defensor.

✓ Um dos maiores críticos da teoria, Manuel Cancio Meliá, considerando se tratar de uma verdadeira manifestação do *Direito penal do autor*, assevera que "o conceito do direito penal do inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente o não-Direito penal."

✓ Os principais penalistas da atualidade (Zaffaroni, Ferrajoli, Trapani, Cervini, Sinom, Santiago Mir, Yacobucci, Bitencourt e Gomes) apresentam severas críticas à teoria do direito penal do inimigo (DPI)[37]:

✓ Até que ponto o Estado pode se valer do *ius puniendi* desmedidamente para sancionar comportamentos graves. Tratar alguns criminosos como inimigos faz com que o Estado se comporte como terrorista. A não observância das garantias em favor do processado deslegitima a atividade estatal de repressão ao delito;

✓ O DPI é uma contradição terminológica, que conflita com todos os princípios constitucionais regentes do moderno sistema penal. Há grave afronta a garantias penais e processuais, com a supressão dos princípios limitadores do *ius puniendi*, o que é incompatível com o Estado de Direito;

✓ A lógica do DPI é a lógica da guerra, mas se trata, claro, de uma "guerra suja", que muitas vezes aparece sob o rótulo de "segurança nacional".

✓ O DPI é um exemplo de Direito penal de autor (marcado nas Cruzadas, no nazismo, fascismo etc.), que pune o sujeito pelo que ele "é' e faz oposição ao Direito penal do fato, que pune o agente pelo que ele "fez".

✓ O DPI é puro construtivismo social, que se opõe a todas as declarações de direitos humanos, que consideram os seres humanos como pessoas dotadas de dignidade. A Ética universal rejeita o conceito de inimigo, que é nazista, típico do direito penal de autor.

✓ Não se leva em consideração a culpabilidade do agente, mas a sua periculosidade. Dessa forma, pena e medida de segurança, espécies de sanção penal, deixam de ter aplicação distinta, como atualmente ocorre no Direito Penal brasileiro. De recordar que as medidas de segurança só são aplicáveis aos inimputáveis com distúrbios mentais e para os semi-imputáveis perigosos;

✓ Não há clara definição de que(m) seria o verdadeiro inimigo e ausência de clareza dos defensores desse direito penal;

✓ O Direito Penal do inimigo institui o estado de polícia, que se contrapõe ao estado de direito, é simbólico, promocional e emocional.

4. Quarta velocidade

A quarta velocidade do direito penal é relacionada ao neopunitivismo[38] e vinculada ao direito penal internacional, principalmente em relação aos agentes que, em determinado momento, ostentaram a posição de Chefe de Estado e, durante seu exercício, feriram gravemente direitos humanos, o que normalmente ocorre no governo de grandes ditadores.

Neste contexto, insere-se o Tribunal Penal Internacional (TPI) que, com sede em Haia, possui jurisdição sobre os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão, cujos conceitos dos três primeiros estão nos arts. 6º, 7º e 8º do Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil, promulgado pelo Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.

De acordo com expressa previsão no aludido Estatuto, o TPI pode requerer a prisão e a entrega do indivíduo que praticou algum dos referidos crimes. Salim adverte, contudo, que "A ratificação do Brasil ao Estatuto de Roma não impediu que fossem suscitadas várias objeções no que se refere ao seu limite de aplicação no País, notadamente no que diz respeito ao ato de entrega do acusado, ao princípio da coisa julgada, à prisão perpétua e à prescrição". [39]

[37] GOMES, Luiz Flávio. Histórica mesa redonda sobre o direito penal do inimigo. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1564, 13 out. 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10541/historica-mesa-redonda-sobre-o-direito-penal-do-inimigo. Acesso em dezembro 2021.
[38] PASTOR, Daniel. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos, in Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: 2005/A, pp. 73-114
[39] SALIM, Alexandre Aranalde. Op. Cit., p. 156.

SEÇÃO II - SISTEMAS OU MODELOS DE DIREITO PENAL

1. Modelos de DIREITO PENAL MÁXIMO [maximalista ou simbólico]

Também denominado de eficientismo penal, diferentemente do direito penal mínimo, este modelo defende a utilização do Direito Penal a prima ratio, como solução das mazelas sociais e como instrumento de combate à violência. Embora não esgotemos todas as hipóteses, apresentaremos a seguir algumas manifestações pontuais desse sistema antigarantista.

- **Law and Order (Lei e Ordem):** De origem norte-americana, este movimento tem, como seus representantes, os políticos e os sensacionalistas midiáticos, verdadeiros "juízes de plantão", que defendem, como solução de todas as mazelas da sociedade, desviando a atenção dos verdadeiros problemas sociais e econômicos, a intervenção do Direito Penal, com um discurso meramente repressivo, pregando a criação de novos tipos penais, a intensificação das cominações já existentes, a minimização de garantias fundamentais, a utilização da prisão provisória como antecipação de pena, bem como a diminuição (ou afastamento) do controle judicial na execução penal.

No Brasil, há quem aponte como expressões do movimento da Lei e da Ordem, a Lei dos Crimes Hediondos (L. 8.072/90), a "Lei Seca", que promoveu alterações no Código de Trânsito Brasileiro (L. 11.705/08), bem como a que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD (L. 10.792/03).

Nos EUA, o "Law and Order" inspirou a teoria das janelas quebradas e a política de tolerância zero.

- **The Theory of Broken Windows (teoria das janelas quebradas):** Esta tese, proveniente do direito norte-americano, defendida pela primeira vez, em 1982, por James Wilson (cientista político) e George Kelling (psicólogo), recebeu a nomenclatura de "Teoria das Janelas Quebradas (The Theory of Broken Windows), preconizava que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não consertada imediatamente, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem e, em pouco tempo, começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda estavam intactas. O fundamento da teoria repousava no sentido de que a tolerância de pequenas desordens levaria a grandes perturbações e, mais tarde, ao crime.

Em 1990, Wesley Skogan, publicou um estudo intitulado *Disorder and Decline: Crime and the Spiral of Decay in America Neighborhoods* (*Desordem e Declínio: O Crime e a Espiral de Decadência nas Comunidades Americanas*), confirmando os fundamentos da broken windows theory, afirmando, ainda, que a relação de causalidade entre desordem e criminalidade era mais forte do que a relação entre criminalidade e outras características, como pobreza, falta de oportunidades sociais etc.

Em 1996, em conjunto com Catherine Coles, Kelling reparou a teoria das janelas quebradas, em obra denominada Fixing Broken Windows – Restoring Order and Reducing Crimes in Our Communities (Consertando as Janelas Quebradas – Restaurando a Ordem e Reduzindo o Crime em Nossas Comunidades),

demonstrando a relação de causalidade entre a criminalidade violenta e a não repressão a pequenos delitos e contravenções.

- **Tolerância Zero:** Com base nos ideais da teoria das janelas quebradas o ex-Promotor Federal Rudolph Giuliani implantou, na condição de prefeito da cidade de Nova York, a política de "tolerância zero" tendo como alvo inicial os "squeegee men" (homens-rodo), que eram pessoas que mediante ameaças veladas extorquiam dinheiro de motoristas depois de lavarem os para-brisas dos veículos sem que tivessem sido solicitados a fazê-lo (prática muito comum, aliás, no Brasil).

Posteriormente, a atuação policial se voltou contra pessoas que não pagavam passagens nos metrôs, aos pichadores, aos que urinavam nas ruas, à mendicância agressiva etc. Estatisticamente, o implemento da tolerância zero em Nova York reduziu consideravelmente a criminalidade. Importa referir que a teoria carece de dados empíricos suficientes à comprová-la, sendo alvo de diversas críticas nos meios acadêmicos.

- **Three strikes laws (three strikes and you're out):** Credita-se aos homicídios de Kimber Reynolds (30.06.1992) e de Polly Klass (01.10.1993), de 18 e 12 anos, respectivamente, ambos ocorridos na Califórnia, nos Estados Unidos, o movimento liderado por Mike Reynolds, pai da primeira vítima, associado às ambições eleitoreiras do então Governador Pete Wilson e ao sensacionalismo midiático, o nascedouro do sistema "strikes".

A expressão *"three strikes and you're out"* se originou no baseball, que tem uma regra que estabelece que se um rebatedor perder as três tentativas para rebater a bola, será eliminado do jogo. Cada uma das chances desperdiçadas é chamada de "strike". Transportada para o direito penal, a ideia do *"strike"* recrudesce a imputação e punição dos criminosos reincidentes. A "justificativa" do sistema reside na ideia de que o criminoso que desperdiçou duas chances, pois obteve mais de duas condenações, deve ser afastado do convívio social, o que explica a aplicação de longas penas e, até mesmo, a prisão perpétua.

Estudos realizados nas dez maiores cidades da Califórnia apontaram que a legislação "strike" não gerou a almejada diminuição da ocorrência dos crimes mais graves e, nem tampouco, das infrações de baixo potencial ofensivo, além de promover excessivo aumento da população carcerária.

Por todas as críticas que se apõem a este sistema, a mais contundente está na afronta aos direitos fundamentais, notadamente da dignidade da pessoa humana, na medida em que na terceira condenação não se leva em consideração a gravidade do fato em si, mas a mera reincidência ou, sob outra perspectiva, a alegação de que tal indivíduo é irrecuperável. Além disso, a condenação à prisão perpétua (ou penas altíssimas) dos réus pelo simples fato de terem praticado sucessivas "faltas", fere flagrantemente o princípio da proporcionalidade e da própria individualização da pena.

- **Ticking Bomb Scenario (cenário da bomba-relógio):** Trata-se de um questionamento sobre o caráter absoluto da vedação à tortura a partir da suposição de que um terrorista é capturado e que a única forma de extrair dele as informações que podem evitar um eminente ataque que matará milhares de pessoas é pelo emprego dos meios (quaisquer) que se fizerem "necessários", o que em última análise significa torturá-lo. A proposta do *Cenário da Bomba-Relógio* é muito difundida em seriados de TV (ex.: 24 horas) e funciona como um mecanismo destinado a angariar a simpatia pela manipulação dos sentidos do medo e da raiva, explorando a máxima de que *os fins justificam os meios*. O principal efeito pretendido com o Cenário da Bomba-Relógio é o de fomentar a positivação de uma exceção jurídica para a proibição da tortura ou de não-aplicação das leis existentes em determinados casos.

2. Modelo de DIREITO PENAL MÍNIMO [minimalista ou garantista]

Um dos maiores penalistas da atualidade, o jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, em sua obra intitulada Direito e Razão –Teoria do Garantismo Penal, que data de 1989, fundamenta o seu modelo garantista, também chamado de cognitivo ou de legalidade estrita, através da hierarquia normativa existente em um Estado Democrático de Direito, legitimando a atividade estatal repressora, desde que pautada na obediência da dignidade da pessoa humana e em outros fatores do ius puniendi.

O fundamento basilar reside na garantia dos direitos humanos de cada cidadão frente aos poderes do Estado, não se resumindo, apenas, à esfera penal, e sim como fundamento de todo o ordenamento jurídico.

- **Axiomas principiológicos (ou simplesmente "princípios") da doutrina garantista:** Ferrajoli estrutura o sistema garantista em dez princípios axiológicos, definindo, assim, "as regras do jogo fundamental do direito penal". São eles[40]:

Nulla poena sine crimine: princípio da retributividade ou consequencialidade da pena em relação ao delito; *Nullum crimen sine lege: princípio da legalidade no sentido lato ou no sentido estrito;*

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

Nulla necessitas sine injuria: princípio da lesividade ou ofensividade do evento;

Nulla injuria sine actione: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;

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

Nulla culpa sine judicio: princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; *Nullum judicium sine accusatione: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;*

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

Nulla probatio sine defensione: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

[40] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75-76.

Garantismo negativo x garantismo positivo – pólos indissociáveis:

Para que os ideais garantistas possam alcançar seus objetivos, o Estado não pode agir com excesso *(arbitrariamente)* em detrimento dos direitos fundamentais do cidadão (*garantismo negativo*) e, ao mesmo tempo, não pode descuidar da proteção de bens igualmente essenciais, como a vida, o patrimônio, etc. (*garantismo positivo*). Streck aduz que o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso (...) mas deve ser (sempre) examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula "proibição de proteção deficiente"[41]

CAPÍTULO III - NORMA PENAL

1. Conceito

Comumente, as expressões lei e norma são apresentadas como sinônimas. Ontologicamente, entretanto, não podem ser confundidas. A lei penal não é mais do que um instrumento (fonte formal) de divulgação da norma penal. Dito de outra forma: a norma penal é o conteúdo da lei penal.

O Código Penal ora se refere à lei (arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 7º, 9º, 12) e, ora, à norma (art. 35). Observe-se, por oportuno, que no art. 35 consta "Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que...".

Do texto legal resta evidente que a norma é, realmente, o conteúdo da lei penal, no caso do art. 34.

Defendendo a clara distinção entre os vocábulos, BINDING[42] afirmou que o sujeito, cuja conduta se amolda na definição de infração penal, não viola a lei, pois estaria fazendo exatamente o que está previsto legalmente. Assim, para ele, o agente infringe puramente a norma penal. A doutrina pátria discorda dessa ilação, sob o fundamento de que lei e norma são indissociáveis, na medida em que a primeira é a fonte da segunda.

2. Estrutura

Levando em consideração a sua estrutura, a norma penal é classificada, doutrinariamente, em dois grandes blocos, completas e incompletas.

a) Leis penais COMPLETAS [ou tipos penais fechados]: São aquelas em que tanto o preceito primário quanto o secundário estão perfeitamente descritos, o que garante a sua perfeita aplicação. Assim é a maioria dos tipos penais do Código Penal, cujo exemplo mais factível é o do homicídio, em que tanto a conduta (matar alguém), quanto a pena (reclusão, de 6 a 20 anos), estão definidos no art. 121, não exigindo qualquer complementação por parte do juiz ou, ainda, de outra norma.

[41] STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassberbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, n. 97, v. 32 – março/2005. Porto Alegre: AJURIS, 2005, p. 176-177.
[42] BINDING, Karl. Die Normen und ihre Übertretung. tomo I, 2. ed. Leipzig: Verlag Wilhelm Engelmann, 1890.

b) Leis penais INCOMPLETAS: São aquelas que, por opção legislativa, exigem complementação, porque não contemplam, taxativamente, todos os elementos necessários à sua aplicação. Classificam-se em leis penais incompletas em sentido lato, onde se situam os tipos penais abertos e as normas penais em branco, em sentido estrito, denominação apresentada doutrinariamente como sinônima das normas penais em branco invertidas, de dupla face (ou duplamente remetidas) e descriminantes em branco (vide tópico adiante).

b.1 Leis penais incompletas EM SENTIDO LATO [amplo ou genérico]

b.1.1. Tipos penais ABERTOS: Nestes, a complementação é feita pelo julgador, por um juízo axiológico, o que ocorre, por exemplo, com os crimes culposos, cuja aferição do que vem a ser a conduta imprudente, imperita ou negligente incumbe ao magistrado.

b.1.2. Norma penal EM BRANCO: É assim denominada quando necessita ser complementada por outra lei ou por ato da Administração Pública (decreto, regulamento, instrução), pois apenas obtém-se o sentido exato da descrição da conduta quando revelada a norma complementar. Subdivide-se em:

- **HOMOGÊNEAS (fragmentárias, impróprias ou normas penais em branco em sentido lato):** nestas, a norma complementadora advém da mesma instância legislativa do tipo penal a ser complementado.

Sendo a criação de crimes competência privativa da União (art. 22, I, CRFB), bem como pela imposição do princípio da reserva legal, forçoso admitir que a norma penal em branco em sentido lato é aquela cujo complemento é uma Lei Federal. Exemplos: contrair casamento com violação dos impedimentos absolutos (art. 237, CP), cujo complemento se encontra no art. 1.521 do Código Civil, que elenca esses impedimentos; apropriação de tesouro (art. 169, parágrafo único, I, do CP), complementado pelos arts. 1.264 a 1.266 do Código Civil, quando define tesouro. Elas podem ser:

- **Homólogas (ou homovitelinas):** a mesma lei traz a norma penal em branco e o seu complemento. Ex.: o conceito de funcionário público exigido pelo art. 312, CP (peculato) é encontrado no próprio Código Penal (art. 327).
- **Heterólogas (ou heterovitelinas):** embora a norma penal em branco e o complemento derivem do Poder Legislativo, estão inseridas em leis distintas. Exemplo: o conceito de casamento para caracterizar o crime de bigamia (art. 235, CP), é encontrado na legislação civil (art. 1.511 do CC).

- **HETEROGÊNEAS (próprias ou normas penais em branco em sentido estrito):** configuram-se quando a norma complementadora é oriunda de outra fonte legislativa. Exemplo: nos crimes previstos na L. 11.343/06, o rol de drogas é estabelecido por portaria da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, pertencente ao Poder Executivo (Portaria SVS/MS 344/98).

A doutrina moderna indaga se esse tipo de lei penal fere o princípio da legalidade, o qual estabelece que todo e qualquer preceito que verse sobre direito penal deve estar em uma lei em sentido formal, ou seja, emanada do Poder Legislativo Federal. Assim, não estando o complemento inserido em lei, surge a referida celeuma. Uma primeira corrente, defendida por Mirabette e Fabbrini[43], entende não haver ofensa ao princípio da reserva legal, pois basta que a descrição básica da conduta do agente esteja prevista em lei em sentido formal, ainda que seu complemento esteja em algum ato infralegal. Por outro lado, a segunda corrente, defendida por GRECO, Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar[44], preconiza que se o complemento está num ato infralegal (ex.: decreto, portaria, resolução), viola o princípio da legalidade, bem como o da separação de poderes, pois não é o legislativo que complementa a norma, e sim outro Poder, normalmente o Executivo.

b.2 Norma penal em branco às avessas: Também chamada de norma penal em branco inversa (invertida, revertida, ao avesso, ao invés, secundariamente remetida, de pena remetida, lei penal incompleta em sentido estrito ou imperfeita). Diferentemente das demais, nestas o preceito primário é completo e o preceito secundário é que necessita de complementação. Assim, a consequência jurídica se encontra em outro dispositivo da mesma lei ou em texto legal diverso, por isso denominado de pena remetida.

De observar, entretanto, que, obrigatoriamente, o seu complemento é definido por lei, sob pena de afrontar o princípio da reserva legal. Ilustrando, pode-se citar o art. 1º da L. 2.889/56 (crimes de genocídio), em que as penas são encontradas no Código Penal.

b.3 Lei penal incompleta de DUPLA FACE: Pode-se adotar essa denominação para dois distintos fenômenos:

- **Norma penal DUPLAMENTE REMETIDA:** No contexto das normas penais em branco, na hipótese em que tanto o preceito primário quanto o secundário remetem para outros dispositivos, como no caso do art. 304, CP - uso de documento falso - em que o preceito primário faz referência aos arts. 297 a 302, CP (crime remetido) e o secundário determina a aplicação da pena cominada à falsificação ou à alteração (pena remetida). No caso do preceito primário, o dispositivo é classificado como norma penal em branco homogênea homóloga e, no do preceito secundário, como norma penal em branco invertida.

- **Norma penal em branco AO QUADRADO:** Trata-se da denominação dada à norma que exige dupla complementação, a exemplo do crime do art. 38 da Lei 9.605/98, que pune as condutas de destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente. A primeira complementação se refere ao conceito de floresta de preservação permanente, que é encontrado no art. 6º da Lei 12.651/2012 (Código Florestal). A segunda complementação diz respeito à declaração de interesse social por parte do Chefe do Poder Executivo".[45]

b.4 DESCRIMINANTE (ou justificante) em branco: Ocorre quando o conteúdo de uma norma permissiva, leia-se de uma excludente de ilicitude, se extrai de outra fonte, ou seja, de outra lei, ato da Administração Pública (decreto, regulamento, instrução, portaria etc.) ou, ainda, em casos excepcionais, da própria jurisprudência (Súmula Vinculante). Imagine-se, para melhor entendimento do tema, os seguintes exemplos:

Exemplo 1: Presenciando um crime de furto, João, que não é policial, prendeu Carlos em flagrante no momento em que subtraía a bolsa de uma idosa indefesa.

Exemplo 2: José, policial militar, chamado por João para conter a Carlos, que resistia à prisão e buscava a fuga, fez a utilização das algemas.

Nos dois exemplos, João e José estão amparados por uma causa de justificação que exclui qualquer alegação de ilicitude em suas respectivas condutas. No primeiro caso, não há falar em constrangimento ilegal (art. 146, CP), porque João agiu no exercício regular de direito e, no segundo, eventual imputação de abuso de autoridade (Lei 4.898/65) resta afastada, porque José atuou no estrito cumprimento do dever legal.

[43] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. Cit., p. 33.
[44] GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 25-26. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro. v. I, Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 205-206.
[45] CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal - Caderno de Atualização. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 8.

Ambas causas de justificação estão previstas no art. 23, III, CP, mas, nos dois casos, exige-se a explicitação da norma permissiva.

A *"autorização legal"* para João prender em flagrante, denominada de flagrante facultativo (optativo, opcional ou discricionário), é encontrada no art. 301, CPP, segundo o qual "Qualquer do povo poderá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

No caso do exemplo 2, a utilização das algemas se demonstra lícita, porque respaldada na Súmula Vinculante 11 do STF, que a autoriza nos "casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros".

Observa-se, por oportuno, que, no contexto da descriminante em branco, adota-se, perfeitamente, a classificação anteriormente estudada.

Assim, no exemplo 1, tem-se configurada a norma penal em branco homogênea heteróloga e, no exemplo 2, a norma penal em branco heterogênea.

b.5 SÚMULA em branco: A Súmula Vinculante 56 do STF inaugurou situação jurídica até então desconhecida. De acordo com o verbete sumular "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS". Constata-se, assim, que, para a aplicação do entendimento sumulado pelo STF, faz-se necessária a verificação dos "parâmetros fixados" em julgado daquele Sodalício.

Trata-se, dessa forma, de hipótese de súmula em branco.

3. Anomia e antinomia jurídica

A anomia traduz-se em ausência de lei. Zaffaroni e Pierangeli relatam que "Durkheim havia observado que, nas sociedades complexas, o trabalho é dividido, mas não em forma de integração mecânica, e sim 'orgânica' (com divisão de funções), pela qual as mudanças sociais criam fenômenos de anomia (falta de normas), isto é, pessoas que ficam 'perdidas' culturalmente diante da mudança social, para a qual não têm respostas; pois as que tinham já não servem. O delito será uma resposta fora do contexto, que provocaria uma espécie de reafirmação social das respostas lícitas" [46]. Por sua vez, GRECO[47] atribui uma segunda característica à anomia, qual seja, o desrespeito pelas normas existentes. Atribui tal fato ao número excessivo de normas (inflação legislativa), ou seja, "quanto mais normas, maior a sensação de ausência de leis, em face do sentimento de impunidade".

A antinomia jurídica, por seu turno, é a situação de contrariedade entre duas leis válidas, em um mesmo ordenamento jurídico. Para solucionar esses problemas, Bobbio propõe a aplicação de critérios:[48] cronológico, devendo-se analisar o lapso temporal existente entre edição das leis, de modo que a posterior revogue a primeira; hierárquico, levando-se em conta, na visão piramidal, a prevalência da Constituição; e, por fim, o critério da especialidade, sendo que a lei especial afasta a aplicação da geral.

4. Interpretação da lei penal

Não há, na doutrina, uma divisão que se possa apresentar como "padrão". Doutrina clássica, entretanto, classifica a interpretação quanto ao sujeito[49] ou fonte[50], quanto aos meios empregados e quanto ao resultado.

4.1 Interpretação quanto ao SUJEITO (ou fonte)

a) Interpretação autêntica: ocorre quando o próprio legislador edita uma lei com a finalidade de determinar o alcance e o significado de outra. Por partir do próprio legislador tem natureza cogente, ou seja, de observação obrigatória pelo intérprete. É também denominada de interpretação legislativa, primária ou originária. Ela pode ser:

- Contextual: quando formulada no próprio texto da lei, como, por exemplo, no art. 327, CP que definiu o conceito de "funcionário público". Também pode ser encontrada este tipo de interpretação nos arts. 13, caput, CP (conceito de "causa"), 150, §§ 4º e 5º (conceito de "casa"), 155, § 3º (equiparação de energia elétrica à coisa móvel), 297, § 2º (equiparação de diversos papéis a documentos públicos), todos do Código Penal, bem como em diversos dispositivos de leis penais extravagantes.

[46]ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit., p. 266-268.
[47] GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 28.
[48] BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora UnB, 1982, p. 88-89.
[49] JESUS, Damásio de. Op. Cit., p. 76.
[50] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 168.

- Posterior: ocorre depois da edição de um diploma legal, visando aclarar e dirimir incertezas do texto editado anteriormente. Possui eficácia retroativa (ex tunc), mesmo que mais gravosa ao réu, retroagindo até a data da entrada em vigor da lei interpretada. Todavia, em face do império da coisa julgada material (art. 5º, XXXVI, CRFB) não atinge fatos já julgados definitivamente. Observe-se, contudo, que a interpretação autêntica posterior não cria uma situação jurídica nova (apenas esclarece uma já existente), pois se assim o fizesse não poderia retroagir em caso de prejudicar o réu.

b) Interpretação doutrinária: realizada pelos estudiosos do direito (juristas, autores de literaturas jurídicas, professores) ao emitir suas conclusões pessoais (communis opinio doctorum) a respeito das normas. Embora não tenha natureza cogente, ou seja, não tenha força coercitiva perante os aplicadores das normas, sobre eles exerce inegável influência. É também denominada de interpretação doutrinal, científica, acadêmica ou extraordinária. De ressaltar que a exposição dos motivos das diversas leis (do Código Penal, por exemplo) não passa de uma interpretação doutrinária, posto que não foi dada por lei, e sim por aqueles que participaram do anteprojeto legislativo.

c) Interpretação jurisprudencial: dada pelos membros do Poder Judiciário, dentro de um processo judicial (intra-autos), incluindo-se nesse conceito as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre determinada matéria. É também denominada de interpretação judicial ou judiciária.

De regra, não possui obrigatoriedade, exceto no caso concreto em que ocorreu a coisa julgada material, na edição de súmula vinculante, bem como na declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade nas ações diretas.

4.2 INTERPRETAÇÃO QUANTO AOS MEIOS OU MÉTODOS

a) Interpretação gramatical: apega-se na literalidade das palavras contidas na lei, ou seja, na sua própria definição. É a que sofre a maior crítica doutrinária por sua precariedade. É também denominada de interpretação literal, linguística ou sintática.

b) Interpretação lógica: busca aferir a vontade retratada na lei, (ratio legis), conforme proposto no art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)[51]. É também denominada de interpretação teleológica.

Dotti[52] propõe diversos elementos de interpretação, dentre os quais o lógico (harmonia entre as leis do ordenamento jurídico), histórico (contexto à época da promulgação da lei), sociológico (harmonia da lei penal com as aspirações da sociedade) e comparado (interpretação feita no direito estrangeiro acerca do mesmo tema).

Damásio[53] acrescenta, ainda, os elementos extrapenal (no campo social e político) e extrajurídico (fora do Direito, ou seja, em outras áreas como na psiquiatria, na química, na física etc.).

4.3 Interpretação quanto ao RESULTADO

a) Declarativa ou declaratória: o texto coincide com a vontade da lei. Nada acrescenta, nem suprime. Exemplo: art. 141, III, do Código Penal, estabelece um aumento de pena se o crime de calúnia, difamação ou injúria for praticado na presença de "várias pessoas". Assim, diante da expressão "várias pessoas", afere-se ser necessário o número de três para caracterizar o aumento, pois o Código Penal quando exige a presença de duas, como o faz no art. 155, § 4º, inc. IV, CP, ou de quatro pessoas, conforme arts. 146, § 1º e 288, CP, por intermédio da expressão "mais de três pessoas", o faz expressamente. Assim, no caso do art. 141, II, ICP, apenas declara-se o conteúdo real.

b) Extensiva: amplia o texto da lei para adaptar ao seu sentido real, pois ela disse menos do que gostaria (minus dixit quam voluit). Pode-se aplicar, inclusive, para as normas incriminadoras, como acontece com o crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, CP) que é aplicado, implicitamente, a extorsão mediante cárcere privado.

[52] DOTTI, René Ariel. Op. Cit., p. 327-330.
[53] JESUS, Damásio Evangelista de. Op. Cit., p. 81.

c) Restritiva: restringe o texto da lei, adaptando-a ao seu real querer. A lei disse mais do que quis (plus dixit quam voluit). Exemplo: art. 28, CP, embriaguez voluntária ou culposa, não abrange a embriaguez patológica, pois esta se encontra inserida no art. 26, CP.

d) Ab-rogante: diante da incompatibilidade absoluta de duas leis ou de uma lei e um princípio geral, deixa-se de aplicar a lei interpretada.

4.4 Interpretação progressiva (adaptativa ou evolutiva): O intérprete deve amoldar a lei à realidade atual, pena de desvirtuamento dos fins sociais a que ela se destina. Ilustrativamente, cita-se o conceito de ato obsceno que sofreu modificações substanciais desde a sua criação até os dias atuais.

4.5 Interpretação analógica ou intra legem: O enunciado da lei abrange fatos específicos que podem ser aplicados ao caso concreto sob o embasamento legal do enunciado geral. É o caso do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, CP). A fórmula ilustrativa (específica) é composta pela traição, emboscada e dissimulação, sendo a genérica composta pela fórmula "ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido". Assim, a qualificadora comporta qualquer fato semelhante aos elencados na fórmula específica (ex.: surpresa).

5. Analogia

Como é impossível o legislador prever todas as situações que devam ser disciplinadas pelo direito, a analogia se coloca como um recurso ou método de integração jurídica, ou seja, da aplicação de uma lei que regula um fato semelhante a uma hipótese em que não há norma regulamentando. Não se trata, portanto, de interpretação de lei penal, mas da aplicação de uma norma já existente a um caso similar.

A analogia possui as seguintes espécies:

- **Analogia "in mallam partem":** é aquela que aplica ao caso omisso uma lei que prejudicaria o réu. Não é admitida no direito penal. Assim, não se admite a aplicação, por analogia, de lei que restringe direitos ou que incrimina condutas, porque o seu reconhecimento afrontaria o princípio da reserva legal (art. 1º, CP), que exige que a lei incriminadora deva ser anterior ao fato que se pretende incriminar.
- **Analogia "in bonam partem":** é aquela que aplica ao caso omisso uma lei que favorece o réu e, por isso, perfeitamente aceitável no direito penal. Ex.: perdão judicial concedido nos casos de homicídio culposo ou lesão culposa (art. 121, § 5º e 129, § 8º, do CP) deve ser aplicado, analogicamente, aos delitos de homicídio e lesão culposa disciplinados no Código de Trânsito Brasileiro; também, cabe a analogia às causas de exclusão de antijuridicidade ou culpabilidade, por serem aplicadas a todo o ordenamento jurídico-penal.

Todavia, a analogia não pode ser aplicada nas leis penais excepcionais, devido ao seu caráter de contrariedade à regra geral. Exemplo disso é o art. 348, § 2º, do Código Penal, que isenta de pena, no delito de favorecimento pessoal, o ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, não podendo ser ampliado para isentar sobrinhos ou tios.[54]

- **Analogia legal ou "legis":** quando, ao caso omisso, aplica-se uma lei que regula caso semelhante.
- **Analogia jurídica ou "juris":** aplica ao caso omisso um princípio geral do direito.

Capítulo IV - APLICAÇÃO DA LEI PENAL

SEÇÃO I - TEMPO DO CRIME

1. Definição do tempo (momento) do crime

Em face de relevantes efeitos penais, é essencial a definição do momento em que foi praticado o crime. Três são as teorias que contribuem para o esclarecimento do tempo do crime: atividade, resultado e ubiquidade.

a) Teoria da ATIVIDADE: Considera-se praticado o crime no momento da conduta, isto é, da ação ou omissão, independentemente de quando ocorreu o resultado. Também chamada de teoria da conduta, da ação ou "tempus regit actum".

No exemplo proposto anteriormente, o homicídio ocorreu em 10 de janeiro.

b) Teoria do RESULTADO: Considera-se praticado o crime no momento da produção do resultado, desprezando-se o da conduta.

Também chamada de teoria do evento ou do efeito. Ex.: no homicídio, o momento do crime é o da morte da vítima.

c) Teoria da UBIQUIDADE: É tempo de crime tanto o momento da conduta como o do resultado. Também chamada de teoria eclética, mista ou da unidade. Ex.: no homicídio, poderá ser tanto no momento em que o autor golpeia a víti-ma, quanto no que ocorreu a sua morte.

Quanto ao tempo do crime, o Código Penal adotou a teoria da atividade ou tempus regit actum (art. 4º, CP).

1.1 Consequências penais da adoção da Teoria da Atividade

Adotada a teoria da atividade, o momento da ação ou omissão será o marco inicial para estruturar a aplicação da lei penal ao caso posto. As principais consequências decorrentes da aplicação desta teoria são:

- A [in]imputabilidade da menoridade: Desnecessariamente, repetindo o disposto no art. 4º, CP, o Estatuto da Criança do Adolescente determina que "para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato" (art. 104, L. 8.069/1990).

Assim, se no momento da conduta (ação ou omissão) o agente contava, por exem-plo, com 17 anos e 11 meses e o resultado lesivo ocorreu quando já atingira a maioridade (18 anos), não será aplicada a legislação penal, sujeitando-se ao Esta-tuto da Criança e do Adolescente. Em se tratando, entretanto, *crime permanente*,

ou seja, aquele cuja consumação se prolonga no tempo por decisão do próprio agente (ex.: sequestro e cárcere privado), na hipótese de completar a maioridade durante a permanência delitiva, sujeitar-se-á às normas penais aplicáveis.

Na hipótese de *continuidade delitiva*, ou seja, prática de uma série de crimes da mesma espécie que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, parte da doutrina entende que só receberão a incidência do Código Penal os delitos praticados à época em que o agente já havia alcançado a maioridade, devendo, os demais, sujeitar-se às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.[55]

O mesmo raciocínio se faz em relação ao crime habitual, assim entendido aquele que exige, para sua configuração, reiteração de condutas.

- **Conflito intertemporal de normas penais**: havendo sucessão de normas penais no tempo, aplica-se, de regra, a vigente à época da conduta, mas, se a nova lei for mais benigna que a anterior deverá retroagir por força do princípio da retroatividade benéfica, insculpido no art. 5º, XL, CRFB.

- **Idade da vítima:** alguns dispositivos penais agravam a pena do autor do crime em face da idade da vítima. Exemplo disso, é o do art. 121, § 4º, do CP, em que a pena do homicídio doloso é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Do mesmo modo, a agravante genérica do art. 61, II, "h", do CP que se refere à "criança".

Assim, se na data da conduta a vítima contava com a idade referida nos dispositivos penais, incidirá, obrigatoriamente, o aumento, mesmo que quando da consumação do crime o ofendido não mais contasse com a especial condição.

- **Atenuante genérica:** o Código Penal apresenta como circunstância que sempre atenua a pena ser o agente menor de 21 (vinte e um), *na data do fato* (art. 65, I).
- **Redução do prazo prescricional:** são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos (art. 115, CP).

2. Extra-atividade

Sabe-se que a regra para aplicação da lei penal é a do tempus regit actum, ou seja, será aplicada aquela vigente na data em que o crime foi cometido. Todavia, pela extra-atividade pode-se aplicar a lei penal a fatos ocorridos antes ou depois de cessada a sua vigência. A extra-atividade é o gênero, de onde seriam espécies a retroatividade e a ultra-atividade.

A *retroatividade* é a aplicação da lei penal benéfica em fato anterior à sua entrada em vigor (art. 5º, XL, CRFB e art. 2º, parágrafo único, CP), enquanto a ultra-atividade é a aplicação da lei penal benéfica, já revogada, a fato ocorrido durante o período da sua vigência. Importa referir que apenas serão aplicadas em benefício do agente, pressupondo, necessariamente, sucessão de leis no tempo.

[55]ESTEFAM, André. Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

Ainda, a retroatividade poderá atingir inclusive condenações transitadas em julgado. Todavia, não será aplicada, caso o condenado tenha cumprido a totalidade da pena.

3. Sucessão de leis penais no tempo – conflitos e soluções

Pode ocorrer sucessão de leis penais desde o cometimento do crime até o efetivo cumprimento da pena (investigação preliminar, instrução criminal e execução penal). Havendo conflito de leis penais no tempo (conflito intertemporal), a solução será buscada nos princípios da não-extra-atividade da lei mais severa (lex gravior) ou da extra-atividade da lei mais benigna *(lex mitior)*.

Lex Gravior	Lex Mitior
Novatio Criminis (neocriminalização)	*Abolitio Criminis* (descriminalização)
Novatio legis in pejus (lei mais severa)	*Novatio legis in mellius* (lei mais benéfica)
Irretroativa	Retroativa

a) Lex GRAVIOR: Trata-se da expressão-gênero que indica as hipóteses de leis mais severas (gravosas) que a anterior, cujas espécies são a *novatio criminis e a novatio legis in pejus.*

- **Novatio criminis [novatio legis incriminadora ou novatio delicti]:** *Ocorre quando a lei nova torna infração penal fato que, anteriormente, não era incriminado. Só poderá ser aplicada para fatos posteriores à sua entrada em vigor, em razão da adoção da teoria da atividade (tempus regit actum) e da irretroatividade de lei penal severa.*

- **Novatio legis in pejus:** Ocorre quando a lei nova é mais severa que a anterior. Não pode retroagir para atingir fatos pretéritos *(irretroatividade da lei penal)*. Só poderá ser aplicada aos fatos ocorridos durante sua vigência. Caracteriza-se a novatio legis in pejus, por exemplo, quando a lei nova aumenta a pena, cria qualificadora, agravante ou majorante, impõe vedações ou obstáculos a benefícios penais, ou afasta atenuantes ou minorantes.

b) Lex MITIOR

Trata-se, igualmente, de expressão-gênero, mas que, ao contrário da lex gravior, representa as hipóteses de leis mais benéficas (benignas) que a anterior, como a abolitio criminis e a novatio *legis in mellius*, suas espécies.

- **Abolitio criminis [descriminalização]:** Trata-se de lei nova que deixa de considerar criminoso determinado fato, ou seja, retira-o da órbita penal, o que ocorreu, por exemplo, com a revogação do art. 240 do Código Penal pela Lei

11.106/05, tipo penal que incriminava a infidelidade conjugal, sob a rubrica de adultério. A *abolitio criminis* é causa de extinção de punibilidade (art. 107, III, CP) que pode ser reconhecida em qualquer fase da persecução criminal, ou seja, durante a investigação policial, no processo ou, até mesmo, na execução da pena. Cessam, apenas, os efeitos penais, persistindo os extrapenais, como os civis, a exemplo da obrigação de reparar o dano, bem como os *administrativos*.

Ocorrendo a *abolitio* criminis na fase da investigação preliminar, deve a autoridade policial concluir o inquérito no estado em que se encontra e fazer sua remessa ao Poder Judiciário, em face da impossibilidade de arquivá-lo na própria delegacia, o que se justifica pelo princípio da *indisponibilidade*, previsto no art. 17, CPP.

Revogação formal - abolitio criminis e princípio da continuidade normativa típica: É de observar que nem sempre que um artigo é revogado formalmente significa que se operou a abolitio criminis. A L. 12.015/09, batizada de Lei da Dignidade Sexual, revogou o art. 214 do Código Penal, mas a conduta ali descrita, atentado violento ao pudor, foi incorporada ao tipo penal do estupro (art. 213, CP), não passando, portanto, de mera readequação típica, o que é denominado por parte da doutrina de *princípio da continuidade normativa-típica*, princípio da continuidade típico-normativa ou, como preferem outros, princípio da descontinuidade *normativa típica*.

Vacatio Legis indireta x abolitio criminis temporária: O crime de posse irregular de arma de fogo, acessório ou munição, se aperfeiçoa pela ausência do registro da arma de fogo. O Estatuto do Desarmamento estabeleceu validade de 3 (três) anos para os registros de arma de fogo. Expirado este prazo, o proprietário da arma de fogo passa à clandestinidade, pois não atende à condição imposta pela Lei para a manutenção da posse da arma em sua residência ou em seu local de trabalho. Enquanto não expirado tal prazo, a pessoa flagrada em sua residência ou local de trabalho com arma de fogo com o registro expedido por órgão estadual, ainda não renovado perante a Polícia Federal, não terá praticado o crime de posse irregular, ocorrendo, simultaneamente, uma espécie de *abolitio criminis* temporária e vacatio legis indireta, pois o tipo penal só entrará em vigência depois de expirado o prazo determinado em lei para a renovação do registro.

Observar, por oportuno, que a abolitio criminis temporária ora em comento diz tão-somente com a posse de arma de fogo, cuja conduta não se confunde com o porte.

Quanto às armas regulares, o prazo para renovação do registro foi fixado em 31.12.2009 pela Lei 11.922/2009, enquanto para as irregulares, ou seja, com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, a abolitio criminis temporária se operou somente até 23.10.2005, de acordo com a Súmula 513 do STJ.

- **Novatio legis in mellius:** Ocorre quando a lei nova, mantendo a incriminação do fato, é mais branda que a anterior.

Caracteriza-se a novatio *legis in mellius*, por exemplo, quando a lei nova diminuiu a pena, afasta qualificadora, agravante, majorante, vedações ou obstáculos a benefícios penais, ou cria atenuantes ou minorantes.

Aplicação de lex mitior em *vacatio legis* – [im]possibilidade: A doutrina diverge sobre a possibilidade de aplicar a lei mais favorável (lex mitior) que ainda está em *vacatio legis*. Entendemos não ser possível por dois motivos: enquanto em vacatio¸ a norma ainda não está em vigor, não passando de *expectativa de lei*, podendo até ser revogada, cujo exemplo mais marcante, é o do Código Penal de 1969, que pretendia substituir o de 1940, que nunca entrou em vigor, porque foi revogado em 1978. Outra razão para não admitir é que, enquanto não consumada a sua vacância, a lei penal não venceu o *plano da eficácia* (embora superados os planos da existência e da validade) e, portanto, não é ato jurídico apto a produzir qualquer efeito penal, mesmo se tratando de hipótese de retroatividade benéfica.

O STJ, entretanto, já a admitiu em relação ao Estatuto do Desarmamento.[56]

Competência para a aplicação da lei benéfica: Enquanto o processo estiver em curso, até a sentença, cabe ao Juiz de 1º grau a aplicação da lex mitior. Em grau de recurso, é do Tribunal a competência para aplicá-la. Já em sede de execução da pena, havendo o trânsito em julgado da decisão, há dois entendimentos: um que atribui a competência ao Tribunal, pela via da revisão

criminal, e, outro, majoritário na doutrina, que entende caber ao juízo da execução criminal, mediante despacho do Juiz, de ofício, a requerimento do condenado ou do Ministério Público, com base na *Súmula 611 do STF*, art. 13 da Lei de Introdução do Código de Processo Penal e art. 66, I, da Lei de Execução Penal (L. 7.210/84).

4. Aplicação de lei penal benéfica intermediária - Lex intermedia

Se entre as leis que se sucedem no tempo surge uma intermediária mais benéfica, não sendo nem a data do fato, nem a do momento de seu julgamento, ela será aplicada. Verifica-se, portanto, a aplicação do princípio da extra-atividade em sua plenitude, pois ocorrerá a retroatividade e, simultaneamente, a ultra-atividade da lei mais benigna.

5. Combinação de leis penais (construção de lei híbrida - Lex tertia)

Pode ocorrer que, tanto a lei nova, quanto a anterior, tenha pontos que favoreçam o réu. Neste contexto, questiona-se sobre a possibilidade de o Juiz combiná-las naquilo em que forem benéficas. Há duas orientações a respeito da conjugação de leis.

[56] REsp 870.536, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 20.08.2007, p. 304.

- **Não cabe:** Nesta linha de argumentação, o Juiz estaria criando uma terceira lei ou lei híbrida (lex tertia), invadindo seara de atribuição do Poder Legislativo, ferindo o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da CRFB. Para essa corrente, o magistrado deve escolher a lei que entenda mais favorável ao réu. Perfilham-se a esta corrente Hungria, Bruno, Zaffaroni e Pierangelli, Nucci, Capez e Estefan.[57]

- **Cabe:** Nesta ótica, o Juiz não está criando nova lei, mas promovendo a integração das normas penais existentes. De recordar que incumbe ao magistrado o devido manejo da extra-atividade da lei penal benigna, ou seja, da aplicação dos princípios da retroatividade e ultra-atividade benéficos. Assim, encontrando benefício ao réu na lei vigente à época do fato e na da data da sentença, deve aplicar a ultra-atividade da primeira e a retroatividade da segunda. São adeptos dessa corrente Marques, Bitencourt, Mirabete, Noronha, Garcia, Dotti, Damásio, Barros e Thums.[58]

d.1) "Lex tertia" com a nova Lei de Drogas: a L. 11.343/06 comina pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa para a produção não-autorizada e o tráfico ilícito de drogas. A Lei anterior (L. 6.368/76) cominava pena de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão e de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Constata-se hipótese de novatio legis in pejus e, por se tratar de lex gravior (mais severa que a anterior), não pode retroagir. Ocorre que a nova Lei também prevê causa de diminuição de pena para o traficante que é primário, de

bons antecedentes, não envolvido em organizações criminosas e não dedicado a atividades criminosas, o que tem sido denominado de *tráfico privilegiado* (art. 33, §4º). Considerada isoladamente, a minorante constitui clara *hipótese de novatio legis in mellius* e, tratando-se de lex mitior, deveria retroagir.

- **Súmula 501 do STJ:** A antiga discussão que havia quanto à possibilidade de combinar as duas leis, ou seja, aplicar a pena da L. 6.368/76 e a minorante da L. 11.343/06, foi resolvida no âmbito do STJ, que, pela Súmula 501, como referido anteriormente, consolidou o entendimento de que "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".

d.2) "Lex tertia" e o Código Penal Militar: a legislação penal castrense deixa claro não ser possível a combinação de leis penais, na medida em que determina "Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato" (art. 2º, § 2º).

[57] HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p.110. BRUNO, Aníbal. Op. Cit., p. 270. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit., p. 230. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 119. ESTEFAN, André. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191.
[58] MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 192. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 168. MIRABETE, Júlio Fabrini. Op. Cit., p. 51. NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1978, p.87-88. GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. São Paulo: Max Limonad, 1980. DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 348-353. JESUS, Damásio Evangelista de. Op. Cit., p. 135. BARROS, Flávio Augusto Monteiro. Op. Cit., p. 63. THUMS, Gilberto. Código Penal Anotado. Porto Alegre: Sapiens, 2010, p. 20-21.

6. Leis Temporárias e excepcionais

São leis que regem situações anormais e transitórias.

- **Lei EXCEPCIONAL:** é editada por tempo indeterminado, tendo sua vigência vinculada à circunstância que autorizou a sua edição, como é o caso, por exemplo, de calamidade pública, terremotos, inundações, epidemias, guerra etc.
- **Lei TEMPORÁRIA:** possui sua vigência pré-determinada, quanto à sua duração, pelo legislador. Possui, portanto, prazo certo para sua revogação, a exemplo da Lei da Copa, em que os tipos penais tiveram vigência até 31.12.2014 (art. 36, Lei 12.663/2012).

Podem ser aplicadas *mesmo depois de revogadas*, porque regulam fatos praticados durante sua vigência. São, portanto, *leis ultra-ativas* (art. 3º, CP). A justificativa está na Exposição de Motivos da Parte Geral do CP que, em sua redação original, esclarecia que a ultra-atividade "visa impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido do retardamento dos processos penais".

Zaffaroni e Pierangeli[59] insurgem-se em relação a essas disposições, alegando suposta inconstitucionalidade ante o princípio da irretroatividade da lei penal, que possui assento constitucional (art. 5º, XL, da CRFB) e não admite exceções, sendo, portanto, de caráter absoluto.

[59] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit., p. 202.

No mesmo sentido, Greco entende que "(...) não tendo a Constituição Federal ressalvado a possibilidade de ultra-atividade in pejus das leis temporárias e excepcionais, não será possível tal interpretação, devendo prevalecer o entendimento no sentido de que o art. 3º do Código Penal, em tema de sucessões de lei no tempo, não foi recepcionado pela atual Carta Constitucional, para fins de aplicação da lei anterior em prejuízo do agente".[60]

7. A questão da retroatividade das leis penais em branco

Em havendo alteração do conteúdo da norma penal em branco, com modificação das normas complementares respectivas, surge a indagação acerca da incidência das regras de retroatividade.

Desta feita, quando o complemento advir de lei (norma penal em branco homogênea), a alteração benéfica sempre retroagirá.

Contudo, quando o seu complemento for norma infralegal, deve-se atentar se a alteração da norma extrapenal implica ou não supressão criminosa. Se houver a supressão, a lei penal benéfica retroage (ex.: supressão de determinada droga do rol expedido pela ANVISA descaracteriza o crime imputado ao agente, diante da retroatividade da lei penal benéfica). Se a alteração for tão-somente uma atualização, sem nada suprimir, não retroage (ex.: alteração da tabela de preços para consubstanciar o crime contra a economia popular).

[60] GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 115-116.

Cabe diferenciar, ainda, se a alteração do complemento da norma penal em branco ocorreu em uma situação de normalidade ou em situação excepcional. De um lado, se o complemento restou alterado dentro de uma situação de normalidade, deverá ser visto como uma norma com vigência comum, retroagindo se benéfica, face ao primado da constitucional da retroatividade da lex mitior. Essa questão será solucionada sobre o prisma do direito intertemporal.

De outra banda, implementada a alteração do complemento em uma situação de excepcionalidade, terá tratamento igual ao das normas temporárias ou excepcionais por ser assim considerada. Nesses casos a alteração do complemento não retroage, ainda que benéfico, a teor da aplicação da ultra-atividade, consagrada no art. 3º do código Penal. É o que ocorre quando se altera a tabela de preços de mercadorias, podendo caracterizar o crime contra a economia popular (art. 2º, VI, da Lei 1.521/51). A modificação da tabela de preço ou a supressão de mercadoria não descaracteriza o delito anteriormente praticado, pois atende a situações excepcionais e as exigências do momento.

8. Aplicação da lei penal nos crimes permanentes, continuados e habituais

Crime permanente é aquele que se perfaz com a conduta e a consumação se prolonga, arrasta, prorroga, protrai no tempo por decisão do agente (ex.: sequestro e cárcere privado, art. 148, CP). Será aplicada a lei vigente à época da cessação da permanência, ou seja, quando a vítima foi libertada, *ainda que mais grave*.

Para configurar o *crime habitual*, delito plurissubsistente, são exigidos vários atos que demonstrem o estilo de vida do agente, ou seja, a habitualidade da prática delitiva (ex.: exercício ilegal da medicina, art. 282, CP). Será aplicada a lei vigente à época da prática do *último ato, ainda que mais grave*.

O *crime continuado* ou continuidade delitiva é um benefício na aplicação da pena para o agente que, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplicando-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Será aplicada a *lei vigente à época da prática do último crime, ainda que mais grave.*

Neste contexto, imaginem-se as seguintes hipóteses:

Hipótese 1

O agente “x” levou a vítima ao cárcere privado (crime permanente) quando estava em vigor a Lei “A”, que cominava pena de reclusão de 2 a 4 anos. A vítima ainda estava aprisionada quando entrou em vigor a Lei “B”, que passou a cominar a pena de reclusão de 3 a 6 anos. Quando a polícia estourou o cativeiro, libertou a vítima e prendeu o agente “x” já estava em vigor a Lei “C”, que cominava ao fato a pena de reclusão de 4 a 8 anos.

Hipótese 2

O agente “y” pôs-se à prática de atos caracterizadores de crime habitual como, por exemplo, exercício ilegal da medicina. Quando do cometimento do primeiro ato, estava em vigor a Lei “A”, que cominava pena de reclusão de 2 a 4 anos. Posteriormente, entrou em vigor a Lei “B”, que passou a cominar a pena de reclusão de 3 a 6 anos. O agente “y” ainda estava praticando o crime, quando entrou em vigor a Lei “C” que deu ao fato a pena de reclusão de 4 a 8 anos.

Hipótese 3

O agente “z” passou a se dedicar a furto de veículos. Quando do cometimento do primeiro furto estava em vigor a Lei “A”, que cominava pena de reclusão de 2 a 4 anos. Posteriormente, entrou em vigor a Lei “B”, que passou a cominar a pena de reclusão de 3 a 6 anos. O agente “z” ainda estava em plena atividade criminosa, quando entrou em vigor a Lei “C” que deu ao fato a pena de reclusão de 4 a 8 anos.

A partir desses casos hipotéticos surge o questionamento sobre qual a lei que deve ser aplicada. Pela Súmula nº 711, o STF firmou o entendimento que “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”.

Embora o enunciado só se refira aos crimes permanentes e continuados, o mesmo entendimento se adota ao crime habitual.

O argumento é que, quando da edição da última lei, mesmo que mais grave, ainda existe atividade delitiva.

SEÇÃO II - LUGAR DO CRIME

1. Teorias que explicam o lugar do crime

O objetivo das teorias a seguir é de determinar o lugar em que foi praticado o delito (locus commissi delicti), para efeito de aplicação da lei penal.

a) Teoria da ATIVIDADE: Também denominada de teoria da *conduta ou da ação*, considera praticado o crime no lugar em que ocorreu a c*onduta criminosa*, ou seja, a ação ou omissão, independentemente do local em que se deu a produção do resultado.

b) Teoria do RESULTADO: Também denominada de *teoria do evento ou do efeito*, considera praticado o crime no local da produção do resultado, desprezando-se o lugar em que foi perpetrada a conduta.

c) Teoria da UBIQUIDADE: Também denominada de *teoria eclética*, *mista*, *unitária ou da unidade*, considera, como lugar do crime, aquele que ocorre no (dentro) do território nacional, podendo ser o *local da conduta ou o do resultado*.

Quanto ao lugar do crime, o Código Penal adotou a teoria da ubiquidade (art. 6º, CP).

1.1 Local do crime x foro competente – distinção

Não se pode confundir as regras de aplicação da lei penal no espaço com as de fixação de competência, insculpidas no Código de Processo Penal e nas Leis Penais Especiais. No que diz respeito à competência para o julgamento do crime devem ser observadas as seguintes normas:

a) Regra – local da "consumação": Segundo o art. 70 do CPP "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução". Para definir, portanto, o local do foro competente, deve-se verificar o momento consumativo da infração penal. Nos crimes materiais, por exemplo, a consumação se dá pela ocorrência do resultado naturalístico, enquanto nos formais e de mera conduta, diferentemente, é o da prática da conduta.

b) Exceções:

1. Embora não haja previsão legal expressa, pacificou-se o entendimento[61] de que os crimes dolosos contra a vida serão julgados no lugar onde ocorreu a conduta delitiva.

2. O art. 63 da L. 9.099/95 preconiza que no caso das *infrações* de menor potencial ofensivo "A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal".

3. Nos casos de *ato infracional*, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção (art. 147, § 1º, L. 8.069/90).

4. Nos *crimes falimentares* "Compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei" (art. 183 da L. 11.101/05).

2. Princípios [regras ou critérios] de aplicação da lei penal no espaço

A lei penal brasileira pode ser aplicada a crimes praticados no Brasil ou no exterior.

a) Princípio da TERRITORIALIDADE [art. 5º, CP]: É a aplicação da lei penal brasileira nos crimes cometidos no território nacional. É a regra. Este princípio se divide em territorialidade absoluta ou temperada.

- **Territorialidade ABSOLUTA:** Segundo este princípio, somente a lei nacional é aplicável aos fatos cometidos no seu território. Por admitir somente a aplicação de lei nacional nos crimes praticados no território nacional este princípio é denominado de territorialidade absoluta ou rígida. É o critério adotado em países de governos ditatoriais.

[61] STJ: HC 73.451, Rel. Min. Jane Silva, 5ª T., 04.10.2007.

- **Territorialidade TEMPERADA:** Por este princípio, a lei nacional é aplicável a fatos cometidos no seu território, mas excepcionalmente, aplica-se, também, a lei estrangeira (intraterritorialidade), quando houver previsão em tratado ou convenção internacional. Por admitir a aplicação de lei estrangeira no território nacional este princípio é denominado de *territorialidade temperada*, *flexibilizada*, *matizada*, *suavizada*, *mitigada ou relativa*. A territorialidade temperada é característica de países democráticos.,

O Código Penal (art. 5º) adotou o princípio da territorialidade temperada.

b) Princípio da EXTRATERRITORIALIDADE [art. 7º, CP]: É a possibilidade de aplicar a lei penal brasileira em crimes ocorridos no exterior.

Há três formas de extraterritorialidade:

- ✓ *Incondicionada;*
- ✓ *Condicionada ;*
- ✓ *Hipercondicionada.*

- **Extraterritorialidade INCONDICIONADA [ou irrestrita]:** Ocorre na hipótese em que a lei brasileira é aplicada a fatos ocorridos no exterior, sem que sejam exigidas quaisquer condições, o que se dá nos casos do art. 7º, I, § 1º, CP.

Oportuno observar que o referido dispositivo contempla mitigação ao princípio “ne bis in idem”, na medida em que admite que “Nos casos do inc. I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que *absolvido ou condenado* no estrangeiro”.

As hipóteses de extraterritorialidade incondicionada dizem respeito aos crimes contra a vida ou a liberdade do Presidente da República, 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, contra a administração pública, por quem está a seu serviço, e de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil.

- **Extraterritorialidade CONDICIONADA [ou restrita]:** Ocorre na hipótese em que a lei brasileira só é aplicada a fatos ocorridos no exterior, mediante a verificação de certos requisitos.

As hipóteses de extraterritorialidade condicionada dizem respeito aos os crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir, praticados por brasileiro ou praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

Do § 2º, depreende-se que as condições exigidas para os casos do inc. II são as seguintes: 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.

- **Extraterritorialidade HIPERCONDICIONADA:** Quanto ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, o § 3º determina que a lei brasileira somente se aplica quando reunidas as condições previstas no parágrafo 2º e se: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça.

b.1 Subprincípios aplicáveis à extraterritorialidade

- **Nacionalidade ativa:** Aplica-se a lei nacional do autor do crime, qualquer que tenha sido o local da infração cometida.

Aplica-se no caso do *art. 7º, II, letra b, do Código Penal.*

- **Nacionalidade passiva:** Aplica-se a lei nacional do autor do crime, quando este tenha sido praticado contra bem jurídico de seu próprio estado ou contra pessoa de sua nacionalidade.
- **Defesa real [ou proteção]:** Aplica-se a lei referente à nacionalidade do bem jurídico lesado, qualquer que tenha sido o local da infração ou a nacionalidade do autor do crime. Aplica-se aos casos do art. 7º, I, letras a, b, c e d, e § 3º do Código Penal.

- **Justiça universal [ou cosmopolita]:** Significa que todo Estado tem direito de punir qualquer crime dentro de seu território, independentemente da nacionalidade do autor do crime, ou da vítima. Aplica-se no caso do *art. 7º, II, letra a, do Código Penal.*

- **Representação:** Aplica-se a lei nacional aos crimes cometidos no estrangeiro em aeronaves e embarcações privadas, desde que não julgados no local do crime. Aplica-se no caso do *art. 7º, II, letra c, do Código Penal.*

c) Legislação especial

- **Lei de Tortura:** O art. 2º da L. 9.455/97 estabelece que "O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira."

A primeira parte deste artigo é despicienda em razão do § 3º do art. 7º do Código Penal, que determina a aplicação da lei penal brasileira "ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil", dispensando, entretanto, as condições de procedibilidade exigidas no §2º e também no §3º do mesmo dispositivo legal.

FRANCO leciona que a segunda parte do art. 2º "estabelece a aplicabilidade da lei penal brasileira em relação ao agente que tenha sido localizado em lugar sob jurisdição brasileira". Adverte o doutrinador que, "se não houve nenhum equívo-

co do legislador ao empregar a palavra 'ou' em vez de 'e', o texto legal significa que a lei penal brasileira será aplicada em relação ao agente, brasileiro ou não, que ingressou no Brasil". E continua: "Sob esse ângulo, teria sido construída outra hipótese de extraterritorialidade, com fundamento no princípio da Justiça Universal, mas, nessa situação, para que não haja a possibilidade de eventuais conflitos com outros países soberanos, é mister que se estabeleça, como pressupostos da aplicação da lei penal brasileira, a existência de tratado ou convenção sobre tortura, obrigando-se o Brasil a reprimir tal fato delituoso".[62] De acordo com a jurisprudência do STJ "o fato de o crime de tortura, praticado contra brasileiros, ter ocorrido no exterior não torna, por si só, a Justiça Federal competente para processar e julgar os agentes estrangeiros. De fato, o crime de tortura praticado integralmente em território estrangeiro contra brasileiros não se subsume, em regra, a nenhuma das hipóteses de competência da Justiça Federal previstas no art. 109 da CRFB. Esclareça-se que não há adequação ao art. 109, V, da CRFB, que dispõe que compete à Justiça Federal processar e julgar 'os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente', pois não se trata de crime à distância. De igual modo, não há possibilidade de aplicar o inc. IV, visto que não se tem dano direto a bens ou serviços da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Além disso, ressalte-se que o deslocamento de competência para a jurisdição federal de crimes com violação a direitos humanos exige provocação e

hipóteses extremadas e taxativas, nos termos do art. 109, V-A e § 5º, da CRFB. Desse modo, o incidente só será instaurado em casos de grave violação aos direitos humanos, em delitos de natureza coletiva, com grande repercussão, e para os quais a Justiça Estadual esteja, por alguma razão, inepta à melhor apuração dos fatos e à celeridade que o sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos exige.[63]

- **Contravenção penal:** A Lei das Contravenções Penais adota, tão-somente, o princípio da territorialidade, desprezando o da extraterritorialidade, na medida em que determina que "A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional" (art. 2º do Decreto-Lei n.º 3.688/41).

- **Lei Penal Militar:** O art. 7º do Código Penal Militar (Decreto-Lei n.º 1.001/69) determina que "Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira". Verifica-se, pelo texto legal, que o CPM adotou o princípio da extraterritorialidade incondicionada.

[62]FRANCO, Alberto Silva. Op. cit. p. 141.
[63] CC 107.397-DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 24/9/2014.

SEÇÃO III - PESSOAS DO CRIME

SUBSEÇÃO I - IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

1. Fundamento

As imunidades diplomáticas se fundamentam no princípio da reciprocidade, segundo o qual o Brasil concede aos agentes diplomáticos estrangeiros as mesmas garantias concedidas pelos demais países aos seus representantes.

2. Convenções de Viena

Dentre as normas que excepcionam o direito penal interno, estão a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (CVRD), de 18 de abril de 1961, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 103/64, ratificada e promulgada pelo Decreto nº 56.435/65, bem como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (CVRC), de 24 de abril de 1963, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 6, de 1967 e promulgada pelo Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967.

3. Beneficiários das imunidades

Os membros da família de um agente diplomático que com ele vivam gozarão dos mesmos privilégios e imunidades, desde que não sejam nacionais do Estado acreditado.

Os membros do pessoal administrativo e técnico da Missão, assim como os membros de suas famílias que com eles vivam, desde que não sejam nacionais

do Estado acreditado nem nele tenham residência permanente, também gozarão dos privilégios e imunidades, com a ressalva de que a imunidade de jurisdição civil e administrativa do Estado acreditado não se estenderá aos atos por eles praticados fora do exercício de suas funções.

Os membros do pessoal de serviço da Missão, que não sejam nacionais do Estado acreditado nem nele tenham residência permanente, gozarão de imunidades quanto aos atos praticados no exercício de suas funções, de isenção de impostos e taxas sobre os salários que perceberem pelos seus serviços e da isenção das disposições sobre seguro social que possam vigorar no Estado acreditado.

Os criados (funcionários) particulares dos membros da Missão, que não sejam nacionais do Estado acreditado nem nele tenham residência permanente, estão isentos de impostos e taxas sobre os salários que perceberem pelos seus serviços. Nos demais casos, só gozarão de privilégios e imunidades na medida reconhecida pelo referido Estado. Todavia, o Estado acreditado deverá exercer a sua jurisdição sobre tais pessoas de modo a não interferir demasiadamente com o desempenho das funções da Missão.

Essas prerrogativas também são aplicadas aos *Chefes de Estado* por força da Convenção de Havana de 1928 (Código de Bustamante), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 18.956/29, aplicáveis também aos familiares e demais funcionários por força do costume, sob o fundamento do princípio da reciprocidade, pois inexiste previsão nesse sentido na dita Convenção.

Finalmente, os cônsules e empregados consulares, agentes administrativos, possuem *imunidade relativa*, ficando salvaguardadas apenas com relação aos atos praticados no exercício de sua função, conforme regulamentado pela CRVC.

Por certo, tais benefícios são aplicados, ainda, aos Ministros das Relações Exteriores e aos funcionários das organizações internacionais (ONU e a OEA), quando em serviço.

4. Classificação das imunidades

As imunidades estão classificadas em: inviolabilidade (imunidade material), imunidade de jurisdição penal e civil (imunidade formal) e isenção fiscal, além de outros direitos como, por exemplo, liberdade de culto e restrição ao dever de testemunhar ou prestar informação sobre fato que tenha conhecimento. Dessa forma, assegura-se ao Diplomata a garantia de não ser alvo de nenhuma forma de detenção ou prisão, bem como de ser julgado e processado pelo Estado que representa (imunidade de jurisdição). Por serem de ordem pública, as imunidades devem ser declaradas de ofício quando reconhecidas.

5. Renunciabilidade

Importa mencionar, ainda, a possibilidade de que tem o Estado acreditante de renunciar à imunidade a que faz jus. Tal renúncia deve ocorrer de forma expressa e tão-somente pelo Estado acreditante, na qualidade de legítimo titular. Dessa forma, jamais será operada pelo agente beneficiário.

SUBSEÇÃO II - IMUNIDADES PARLAMENTARES

1. Da irrenunciabilidade das imunidades parlamentares

Por se tratar de um direito de ordem pública, cujo titular é o parlamento e não um direito subjetivo do congressista as imunidades parlamentares são irrenunciáveis.

2. Imunidade material, penal, absoluta, real, substantiva ou inviolabilidade

O estatuto do congressista[64] determina que "Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos" (art. 53, caput, CRFB). A imunidade absoluta não alcança o suplente[65], salvo quando convocado a assumir a função (situação em que, reconheça-se, perde a condição de suplente).[66]

Para que o Senador ou o Deputado possa gozar do referido "escudo", entretanto, exige-se nexo causal entre a sua manifestação e o exercício de atividade parlamentar.[67]

[64] Expressão creditada a José Afonso da Silva.
[65] A Constituição de 1934 incluía o 1º suplente na garantia.
[66] STF: Inq. 1.684-PR, Rel. Min. Celso de Melo. DJU 18.12.2001.
[67] Neste sentido, precedentes do STF: Inq. 2330, HC 84.223, RE 226.643, HC 83.355, dentre outros. O STF já decidiu que "ofensa irrogada em plenário, independente de conexão com o mandato, elide a responsabilidade civil por dano moral." – RE 463.671, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03.08.1997.

A liberdade de opinião, palavras e votos dos parlamentares é assegurada em qualquer local, mesmo que fora do recinto da respectiva Casa Legislativa, desde que suas manifestações sejam proferidas no exercício do mandato ou em razão dele, não podendo ser instaurado qualquer procedimento penal ou cível pela conduta adotada pelo congressista, mesmo após o término do mandato.

- **Imunidade absoluta ou restrita?** A doutrina, de forma majoritária, costuma classificar a imunidade material como absoluta, em face da utilização da expressão quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Em razão disso, há entendimento no sentido de que "não é necessário que, por ocasião do fato, o congressista se encontre no exercício de suas funções legislativas ou que a manifestação que constitui ilícito penal verse sobre matéria parlamentar".[68] Em sentido contrário, Bitencourt esclarece que "embora a locução quaisquer de suas opiniões possa sugerir que todas as manifestações do parlamentar estariam acolhidas pela inviolabilidade penal, inclusive proferidas fora do exercício funcional, não se lhe pode atribuir tamanha abrangência (...). Assim, conquanto o nexo funcional não se encontre expresso, quer-nos parecer que se trata de pressuposto básico legitimador da inviolabilidade parlamentar, cuja ausência transformaria a inviolabilidade em privilégio odioso".[69] No mesmo sentido, Nucci entende que "a imunidade é um resguardo à democracia em última análise e não um manto protetor de ofensas pessoais sem qualquer vínculo com a atividade política".[70]

Dessa forma, para esta corrente doutrinária, a imunidade substantiva é restrita à atividade parlamentar.

- **Natureza jurídica:** Questão tormentosa diz com respeito à natureza jurídica das imunidades absolutas, sendo apontadas, na doutrina, dentre outras, às seguintes: causa funcional de exclusão de pena[71], causa pessoal de isenção de pena[72], causa de extinção da punibilidade[73], causa de exclusão de ilicitude[74]. Tem prevalecido modernamente, entretanto, que as imunidades absolutas excluem a própria tipicidade[75].
- **Abrangência penal:** A exclusão da tipicidade alcança os delitos de opinião ou de palavra, como os crimes contra a honra, de incitação ao crime, de apologia de crime ou criminoso (arts. 138 a 140, 286 e 287, CP), bem como os previstos na Lei de Segurança Nacional (L. 7.170/83).
- **Imunidade administrativa:** Para Bitencourt "A despeito de o Texto emendado referir-se apenas à inviolabilidade penal e civil, acreditamos não haver nenhum óbice a estendê-la aos âmbitos administrativo e político (...)".[76]

[68] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. Cit., p. 68.
[69] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 185.
[70] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 119.
[71] JESUS, Damásio Evangelista de. Op. Cit., p. 51.
[72] PRADO, Luiz Régis. Op. Cit., p. 205.
[73] BARROS, Flávio Augusto Monteiro. Op. Cit., p. 95.
[74] DOTTI, René Ariel. Op. Cit., p. 361.
[75] CAPEZ (op. cit., p. 79), NUCCI (op. cit., p. 119), SALIM (op. cit., p. 176).
[76] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 185.

No mesmo sentido, Prado entende que a ”imunidade parlamentar material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política (...)”.[77]

Em sentido contrário, Nucci entende que a imunidade substantiva “não envolve, pois, o caráter disciplinar, podendo o parlamentar perder o mandato caso se exceda em ofensas, por exemplo, a outros colegas ou instituições. Aplica-se o art. 55, II, da CF (quebra de decoro parlamentar)”.[78]

- **Afastamento da função parlamentar:** A Súmula nº 4 do STF que determinava “não perde a imunidade parlamentar o congressista nomeado Ministro de Estado” foi cancelada. Assim, se o parlamentar se afastar de suas funções em razão do exercício de outro cargo público, não leva a imunidade que a CRFB lhe confere.

SUBSEÇÃO III - IMUNIDADE ADVOCATÍCIA

1. Fundamento

O art. 133, CRFB proclama que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

[77] PRADO, Luiz Régis. Op. Cit., p. 206.
[78] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 120.

2. Regulamentação

Em matéria penal, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil assegura imunidade profissional ao advogado, na medida em que determina que "no exercício da profissão, é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei" e que goza de "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 (arts. 2º, § 3º, e 7º, § 2º, L. 8.906/94). No que diz respeito ao desacato, o STF julgou inconstitucional o dispositivo (ADIn 1.127-8).

SEÇÃO IV - DISPOSIÇÕES PENAIS FINAIS

SUBSEÇÃO I - PENA CUMPRIDA NO ESTRANGEIRO

1. Ne bis in idem

Segundo o art. 8º do CP "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas". O dispositivo consagra o princípio do *ne (ou "non") bis in idem*, que proíbe que alguém seja punido duas vezes pelo mesmo fato.

2. Detração penal

O instituto que permite o desconto (ou atenuação) da pena cumprida no estrangeiro na pena aplicada no Brasil é chamado de detração penal.

Observa-se, pelo art. 42 do CP que, além da pena cumprida no estrangeiro, pode ser descontado o tempo em que o sujeito teve sua liberdade restrita por conta de prisão provisória (flagrante, preventiva e temporária), no Brasil ou no estrangeiro.

Nos termos do art. 387, § 2º, CPP "O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade".

3. Consequências

De acordo com o art. 9º do CP "A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; sujeitá-lo à medida de segurança (inc. II)".

Ainda, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, a homologação depende de pedido da parte interessada, para os efeitos previstos no inc. I, e 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, para os outros efeitos.

4. Homologação

A homologação da sentença estrangeira é, nos termos do art. 105, I, "i", da CRFB, de competência do STJ. O STF, entretanto, sedimentou o entendimento de que "não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado" (Súmula 420). A sentença estrangeira homologada constitui título executivo judicial, nos termos do art. 515, VIII, do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

SUBSEÇÃO II - PRAZO PENAL

1. Forma de contagem – características

Vários são os institutos que se orientam pelo tempo, como a prescrição, decadência, cumprimento de pena, etc., o que torna de suma importância a regulação do prazo. Segundo o art. 10 do CP "O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum." De acordo com o estabelecido pelo dispositivo legal, na contagem do prazo material deve ser considerado o dia do começo (termo ou dies a quo) e, consequentemente, desprezado o do vencimento (termo ou dies ad quem). Não se confunde com o prazo processual (art. 798, § 1º, CPP), pois neste, ao contrário, despreza-se o dia do começo e se considera o do vencimento. O calendário comum a que se refere o dispositivo é o gregoriano, segundo o qual o dia é o lapso temporal entre meia noite e meia-noite.

De recordar que o prazo penal não se prorroga. Assim, se o seu vencimento ocorrer em um domingo, por exemplo, a entrega da queixa-crime deverá ocorrer na sexta-feira, sob pena de se operar a decadência.

Embora se afirme que os prazos penais não se interrompem ou suspendem, o que é verdadeiro em relação ao prazo decadencial, é preciso que se recorde que, em relação à prescrição, o próprio Código Penal prevê as causas de interrupção (art. 117) e de suspensão (art. 116).

Em caso de instituto de dupla previsão (híbrido ou misto), como é o caso do prazo decadencial para o oferecimento da queixa, nos crimes de ação privada, ou da representação, nos de ação penal pública condicionada, eis que previsto tanto no Código Penal (art. 103) quanto no de Processo Penal (art. 38), prevalece a natureza penal, por se relacionar diretamente ao jus puniendi e, ainda, ser mais benéfico ao auto do crime.

2. Frações que não se computam na pena

De acordo com o art. 11 do Código Penal "Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro" (atualmente real).

Por *frações de dia* deve-se entender as horas. Assim, se uma pena de quinze dias tiver de ser aumentada da metade (que daria sete dias e doze horas) o aumento só levará em conta os dias, desprezando-se as horas (15 + 7 = 22).

A L. 810, de 6 de setembro de 1949, define o ano civil como o período de doze meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte (art. 1º). Por mês, deve-se considerar o período de tempo contado do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte (art. 2º). Quando no ano ou mês do vencimento não houver o dia correspondente ao do início do prazo, este findará no primeiro dia subsequente (art. 3º).

As *frações de cruzeiro* (leia-se moeda vigente) são os centavos. Dessa forma, se pelo cálculo da multa o valor resultasse, por exemplo em R$ 100, 25, ela seria fixada em R$ 100,00.

De recordar que, para o cálculo da multa, o Código Penal adota, atualmente, o critério do *dias-multa* (art. 49).

SEÇÃO V - CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Nos termos do art. 12 do Código Penal "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso". Assim, havendo disposição em sentido contrário à do Código Penal em lei penal especial, esta deve ser adotada.

Verifica-se que a mesma disposição é encontrada em algumas leis penais especiais, como é o caso, por exemplo, da Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 92 da L. 9.099/95).

1. Configuração do conflito aparente de normas

Ocorre quando duas ou mais normas contemporâneas parecem regular o mesmo fato. Quem resolve o aparente conflito é o intérprete (o Juiz), por intermédio dos princípios. Havendo antinomia real somente o legislador pode eliminá-lo.

O conflito aparente de normas não se confunde com o conflito de leis penais no tempo. Neste, há sucessão de normas penais no tempo e, naquele, duas ou mais normas contemporâneas. Também não se confunde com o *concurso de crimes*, porque, neste, as diversas normas são imputadas ao agente (concurso material, concurso formal e continuidade delitiva).

2. Elementos do conflito aparente de normas

Somente se configura o conflito aparente de normas com a presença dos seguintes requisitos (ou elementos):

- Existência de uma infração;
- Pluralidade de normas;
- Aparente aplicação das normas existentes;
- Aplicação exclusiva de somente uma norma.

3. Princípios aplicáveis ao conflito aparente

a) Especialidade: A norma especial afasta a geral. Diz-se que a norma é especial quando contém todos os elementos da geral e mais alguns, que são denominados de especializantes.

Ex.: infanticídio é especial em relação ao homicídio, porque apresenta, como especializantes, a influência do estado puerperal, a parturiente como sujeito ativo, o neonato como sujeito passivo, bem como o elemento cronológico "durante ou logo após o parto".

b) Subsidiariedade: A norma primária (mais ampla) afasta a secundária (menos ampla). Diz-se que a norma é principal quando descreve um grau maior de lesão ao bem jurídico do que a secundária ("soldado de reserva"). A subsidiariedade pode ser expressa ou explícita, quando consta do próprio texto de lei (ex.: arts. 21 da Lei das Contravenções Penais, 132, 238, 314, 325 e 337 do Código Penal) ou tácita ou implícita, quando não há referência expressa.

c) Consunção ou absorção: O fato menos grave é absorvido pelo mais grave. Ocorre a relação consuntiva quando o crime previsto por uma norma (consumida) é meio necessário, fase de realização (preparação ou execução) ou mero exaurimento de um crime previsto em outra norma (consuntiva). Denomina-se de crime consuntivo o que absorve o menos grave e, crime consunto, o que resta absorvido.

As hipóteses de aplicação do princípio da consunção são:

- **Crime complexo:** Segundo o art. 101 do Código Penal, o crime complexo ocorre "quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes". O crime complexo é, na verdade,

a fusão de dois ou mais crimes com bens jurídicos distintos, como é o caso, por exemplo, do latrocínio, que reúne os crimes de roubo (patrimônio) e homicídio (vida).

- **Crime progressivo:** Dá-se quando, para alcançar um determinado resultado, o agente passa, necessariamente, por um crime menos grave, como, por exemplo, com o homicídio (plus), em que, obrigatoriamente, o sujeito deverá se passar pela lesão corporal (minus). O crime menos grave é doutrinariamente denominado de crime de ação de passagem.

- **Progressão criminosa:** Decorre do desvio do elemento subjetivo, ou seja, inicialmente o agente pretende produzir determinado resultado, mas depois de atingi-lo, decide prosseguir na execução na busca de outro resultado, mais grave. Exige se, entretanto, que a diversidade de crimes, decorrente da alteração do dolo, esteja no mesmo contexto fático. Ex.: depois de ferir a vítima (lesão corporal), o agente decide matá-la (homicídio). Com a aplicação do princípio da consunção, o agente só responderá pelo crime mais grave restando absorvidos os menos graves.

- **Fato anterior impunível – "ante factum" impunível:** Fato anterior impunível é aquele que está, no mesmo contexto fático, obrigatoriamente, na linha de desdobramento do crime mais grave, em verdadeira relação crime-meio para crime-fim. Dito de outra forma, tem-se o ante factum impunível quando o agente executa uma conduta criminosa visando praticar outra, com a característica marcante de que a primeira esgota toda a sua potencialidade lesiva.

Nesse sentido, é o teor da Súmula 17 do STJ, segundo a qual "quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido". Assim, no caso em que, por exemplo, o agente falsifica uma folha de cheque visando a vantagem indevida, responde somente pelo estelionato, ficando a falsificação do documento absorvida.

- **Fato posterior impunível – "post factum" impunível:** Ocorre quando, depois de consumado o crime, o agente volta a agredir o mesmo bem jurídico, sem, contudo, agravar a lesividade do comportamento anterior, como no caso em que, por exemplo, depois de subtrair o veículo da vítima (art. 155, CP), o larápio, descontente com o carro, decide destruí-lo pelo fogo, o que, isoladamente, configuraria o crime de dano (art. 163, CP). Nessa hipótese, o agente responde apenas pelo furto, porque

o atentado integral ao bem jurídico patrimônio se esgotou nesse delito.

d) Alternatividade: Aplica-se nos tipos penais que descrevem várias condutas, como é o caso do art. 33 da L. 11.343/06. Assim, se o agente importa, mantém em depósito durante determinado tempo e, depois, vende drogas, pratica um só crime. Ocorre que, por se tratar de tipo misto alternativo, plurinuclear, ação múltipla ou conteúdo variado, cada vírgula colocada entre os verbos deve ser interpretada como "ou", de modo que o agente só pratica um crime. Dessa forma, não há qualquer conflito e, por isso, o princípio da alternatividade não é reconhecido por parcela considerável da doutrina, a qual nos filiamos.

Professor: Davi André

Designer: Aru Santos