

DIREITO PENAL

Aula 3 | Princípios básicos de Direito Penal

Caio Paiva

Resumo de aula feito pelo professor Caio Paiva

1. Princípio da legalidade

- **CF, art. 5º, XXXIX:** "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".
- **CP, art. 1º:** "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".
- **CADH, art. 9º:** "Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que foram cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável".
- **DUDH, art. 11.2:** "Ninguém pode ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais grave do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso".
- **Nilo Batista:** "O princípio da legalidade, também conhecido por 'princípio da reserva legal' e divulgado pela fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*', surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, em nosso campo, o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal. Por um lado resposta pendular aos abusos do absolutismo e, por outro, afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como espaço exclusivo da coerção penal. Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo".
- **Nilo Batista**

- **Função constitutiva do princípio da legalidade:** "Nem sempre se percebe que o princípio da legalidade não apenas *exclui* as penas ilegais (função de garantia), porém ao mesmo tempo *constitui* a pena legal (função constitutiva)".
- **Quatro funções do princípio da legalidade:** 1) proibir a retroatividade da lei penal; 2) proibir a criação de penas pelo costume; 3) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; e 4) proibir incriminações vagas e indeterminadas.
- A lei penal deve ser **escrita, estrita, certa e prévia**.
- **Franz Von Liszt:** "O Código Penal é a *Carta Magna do delinquente*. Não protege a ordem jurídica, nem a comunidade, senão o indivíduo que contra esta obrou. Dispõe para ele o direito a ser castigado só se concorrem os requisitos legais e dentro dos limites estabelecidos pela lei".
- **Proibição de analogia**
 - **Claus Roxin:** "Analogia é trasladar uma regra jurídica a outro caso não regulado na lei pela via do argumento da semelhança (dos casos). (...) Esta argumentação por analogia, que em outros campos do Direito é um dos métodos usuais de aplicação do Direito, em Direito Penal e para proteger o réu está proibida quando opere em seu prejuízo. A analogia favorável ao réu é também lícita sem a menor restrição em Direito Penal".
 - **Juarez Cirino dos Santos:** "A analogia *in bonam partem* - a chamada *analogia intra legem* - é permitida pelo princípio da legalidade, sem nenhuma restrição: nas justificações, nas exculpações e em qualquer hipótese de extinção ou de redução da punibilidade do comportamento humano".
 - **STF:** entende que, havendo disciplina legal expressa, não cabe analogia visando beneficiar o réu. Neste sentido, "Ante disciplina normativa, descabe a analogia visando beneficiar réu. ESTELIONATO – ENERGIA ELÉTRICA – DANO – REPARAÇÃO – EFEITO. A reparação do dano, no estelionato, repercute na fixação da pena – artigo 16 do Código Penal –, não cabendo a aplicação analógica da disciplina especial do artigo 34 da Lei nº 9.249/1995, relativa aos tributos, incluída a contribuição social" (HC 179.808, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 16.11.2020); "Não

pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma. Em face do que dispõe o § 4º do art. 155 do Código Penal, não se mostra possível aplicar a majorante do crime de roubo ao furto qualificado" (HC 94.030, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 20.5.2008).

- **Criminalização da homofobia e da transfobia como racismo na dimensão social:** "Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, (...) constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (CP, art. 121, § 2º, I)" (STF, ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, j. 13.06.2019).
- **Proibição de costume para fundamentar ou agravar a pena**
 - **Juarez Cirino:** "*O princípio da legalidade* proíbe o costume como fundamento de criminalização e de punição de condutas porque exige *lex scripta* para os tipos legais e as sanções penais. Mas assim como a *analogia* e a *retroatividade* da lei penal *mais favorável* são admitidas, também o *costume* pode ser admitido *in bonam partem*, para *excluir* ou *reduzir* a pena ou para *descriminalizar* o fato, nas hipóteses indicadas pela sociologia jurídica de perda de eficácia da lei penal – e, com a perda de eficácia, a perda de validade da lei penal (...)"
 - **Zaffaroni:** "'(...) é verdade que a lei penal não é derogada pelo desuso, mas também o é que uma lei penal que jamais é aplicada ou que se interpreta pacificamente com certo âmbito de proibição, não pode ser aplicada surpreendentemente contra um habitante somente porque o poder quer selecioná-lo. Um tipo penal não é um instrumento para que o poder surpreenda os cidadãos com sua arbitrariedade. A indiferença absoluta das

agências de criminalização secundária ou seu entendimento da lei condicionam uma perda da consciência da ilicitude e, por isso, não pode se colocar em funcionamento uma criminalização secundária omitida por longo tempo sem aviso prévio (...).”

- **Atenção!** O STF entende que o princípio da adequação social não pode, por si só, revogar crimes: HC 104.467 (casa de prostituição) e RHC 115.986 (violação de direito autoral por venda de produtos “piratas”).
 - O assunto da **proibição de retroatividade prejudicial** será abordado na aula sobre aplicação da lei penal no tempo.
- **Lei penal em branco:** ocorre quando o Poder Legislativo admite uma complementação de um tipo penal por outra lei penal ou mesmo por normativas infralegais.
- **Nilo Batista:** "Fala-se em ‘reserva absoluta’ e ‘reserva relativa’ de lei para aprofundar o entendimento de dispositivos constitucionais concernentes à reserva legal. A concepção de ‘reserva absoluta’ postula que a lei penal resulte sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública, cumprindo à lei proceder a uma ‘integral formulação do tipo’ (...). A concepção de reserva relativa nega o monopólio do poder legislativo em assuntos penais e admite que a matéria de proibição possa ser parcialmente definida por outras fontes de produção normativa, cabível que o legislador estabeleça estruturas gerais e diretrizes, a serem complementadas, as primeiras com observância das segundas, pelo regulamento. **A constitucionalidade das normas penais em branco de complementação heteróloga seria discutível à luz da reserva absoluta da lei**".
- **Nilo Batista – sobre a classificação das normas penais em branco:** “Chamam-se normas penais em branco nas quais a conduta incriminada não está integralmente descrita, necessitando de uma complementação que se apresenta em outro dispositivo de lei (**complementação homóloga**), seja da própria lei penal (**complementação homóloga homovitelina**), seja de lei diversa (**complementação homóloga heterovitelina**), ou em fontes legislativas de hierarquia constitucional inferior, como o ato administrativo, ou a lei estadual ou municipal (**complementação heteróloga**)”.

- **Juarez Cirino - inconstitucionalidade das leis penais em branco:** "*As leis penais em branco* exprimem a tendência moderna de *administrativização* do Direito Penal, com transferência de poderes punitivos a funcionários do Poder Executivo ou a modalidades inferiores de atos normativos (Decreto, Resolução etc.). (...) A transferência da competência legislativa de definição de *crimes* para o Poder Executivo ou para níveis inferiores de atos legislativos infringe o *princípio da legalidade*, (...) afinal, o emprego instrumental do Direito Penal para realizar políticas públicas emergenciais é inconstitucional".
- **Zaffaroni - inconstitucionalidade das leis penais em branco:** "A lei penal em branco sempre foi suspeita de violar o princípio da legalidade formal (...). Não neutraliza a *inconstitucionalidade* das leis penais em branco o argumento das matérias instáveis que as requerem, aduzindo que as rápidas mudanças não poderiam ser acompanhadas pelo legislador penal (...). As únicas leis penais em branco cuja constitucionalidade é tolerável são as chamadas *impróprias*, ou seja, as que reenviam a outra norma emanada da mesma fonte. (...) Tais leis seriam constitucionais na medida em que o complexo resultante de ambas as normas não viola nenhum dos outros princípios limitativos a que se fez referência (estrita legalidade, proibição de analogia, não retroatividade etc.)".
- **Exemplos de leis penais em branco no Brasil:** crimes contra o meio ambiente previstos na Lei 9.605/98 que dependem da complementação normativa/administrativa de defina os conceitos de floresta, área de preservação permanente, vegetação primária ou secundária etc; crimes previstos na Lei 11.343/2006 que dependem da complementação normativa/administrativa do Ministério da Saúde sobre quais substâncias são consideradas drogas; etc.
- **Entendimento do STF:** pela constitucionalidade (RE 810.321, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática de 17.6.2016; RE 748.829, Rel. Min. Rosa Weber, decisão monocrática de 24.10.2016). Ambos os REs interpostos pela DPE/SP, que questionava a constitucionalidade do art. 66 da Lei de Drogas, segundo o qual "(...) denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344/1998".
 - **Min. Gilmar Mendes (RE 810.321):** "A compatibilidade das normas penais em branco heterogêneas com o princípio da legalidade não é questão simples. (...) De um modo geral, a doutrina admite a utilização da

norma penal em branco como técnica legislativa, permitindo que o legislador remeta a outras fontes normativas, em melhor posição para complementar a proibição. (...) Sendo justificável a remissão, não haveria inconstitucionalidade. (...) No caso específico da Lei de Drogas – Lei 11.343/06 –, não há inconstitucionalidade a ser pronunciada”.

- **Normas penais imperfeitas:** são tipos penais em que o legislador não comina uma pena específica para o tipo penal, remetendo para a pena de outro crime. São exemplos o crime de uso de documento falso (CP, art. 304) e o crime de genocídio (art. 1º da Lei 2.889/1956).
- **Medidas provisórias:** STF: “A inadmissibilidade da medida provisória em matéria penal não compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade” (STF, RE 254.818, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, j. 8.11.2000).
 - **CF, alterada pela EC 32/2001:** “[é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a] direito penal, processual penal e processual civil” (art. 62, I, b).
- **Zaffaroni - princípio do respeito histórico ao âmbito legal do proibido:** “A legalidade é um princípio que serve para garantir a limitação do âmbito de programação criminalizante legislativa, e não se pode reverter seu sentido convertendo-o em um argumento de extensão inusitada e nunca previsto no contexto originário do texto, cujo efeito é conceber um espaço seletivo de criminalização que alcança os limites máximos de arbitrariedade. Um tipo penal não pode erigir-se em instrumento para a criminalização indiscriminada. O respeito histórico ao âmbito real do proibido se impõe na legalidade porque, do contrário, a simples omissão das agências políticas poderia aumentar as proibições punitivas (...). A criminalização primária se estabelece por ação das agências políticas e não por omissões”.

2. Princípio da culpabilidade

- **Nilo Batista:** “O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou

responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável. Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. (...) Em segundo lugar, temos a personalidade da responsabilidade penal, da qual derivam duas consequências: a intranscendência e a individualização da pena”.

- **Zaffaroni:** “O princípio da culpabilidade abrange dois níveis: o de exclusão de qualquer imputação de um resultado accidental não previsível (caso fortuito) e o de exclusão da punibilidade por não haver podido conhecer a cominação ou adequar sua conduta ao direito”.
- **Actio libera in causa:** “Dada à adoção da teoria da actio libera in causa pelo Código Penal, somente a embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior que reduza ou anule a capacidade de discernimento do agente quanto ao caráter ilícito de sua conduta, é causa de redução ou exclusão da responsabilidade penal nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 28 do CP” (STJ, AgRg no REsp 1.165.821, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 2.8.2012).
- **Ato praticado por cliente e responsabilidade do advogado:** “Reconhecer responsabilidade penal de maneira extensiva ao advogado, por ato praticado por seu cliente, é afastar as garantias constitucionais e legais conferidas ao advogado para o exercício da sua atividade jurídica na condição de procurador e atribuir-lhe responsabilidade objetiva por atos de terceiros” (STJ, RHC 24.606, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 26.5.2015).
- **Crime societário:** “O fato de o paciente ser sócio da empresa devedora de tributos não é suficiente, por si só, para contra ele desencadear a persecução penal, se não demonstrado um mínimo de indícios de que sua conduta tenha liame com os fatos, sob pena de se caracterizar mera responsabilidade objetiva” (STJ, HC 289.043, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 18.12.2014).
- **Macrodelinquência econômica:** “Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de

incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (“*nullum crimen sine culpa*”)” (STF, HC 88.875, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 7.12.2010).

- **Assuntos que serão discutidos em aulas sobre a culpabilidade**
 - Actio libera in causa
 - Coculpabilidade ou culpabilidade por vulnerabilidade
 - Crimes agravados pelo resultado
 - Entre outros.

3. Princípio da lesividade

- Também conhecido como **princípio da ofensividade ou princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos**.
- Traduz-se no brocardo *nullum crimen sine iniuria* (não há crime sem lesão).
- A intervenção do Direito Penal fica condicionada a uma ofensa – atual ou potencial – ao bem jurídico.
- Ninguém pode ser punido pelo que pensa, pelo que é nem por comportamentos considerados – pelo Estado – como imorais.
- **Quatro principais funções do princípio da lesividade para NILO BATISTA:**
 - **Primeira:** proibir a incriminação de uma atitude interna. As ideias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientem para a prática de um crime: o projeto mental do cometimento de um crime (cogitação) não é punível. (...) É imprescindível que a atitude interna esteja nitidamente associada a uma conduta externa.
 - **Segunda:** proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Os atos preparatórios para o cometimento de um crime cuja execução, entretanto, não é iniciada, não são punidos. Da mesma forma, o simples conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime não será punido, se sua execução não for iniciada. (...) O mesmo fundamento veda a punibilidade da autolesão, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o

âmbito do próprio autor; como por exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de drogas.

- **Terceira:** proibir a incriminação de simples estados de condições existenciais. O direito penal só pode ser um direito penal da ação, e não um direito penal do autor, como eventualmente se pretendeu. (...) O que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (...).
- **Quarta:** proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Estamos aqui falando do ‘direito à diferença’, de práticas e hábitos de grupos minoritários que não podem ser criminalizadas. (...) Estamos falando também de condutas que só podem ser objeto de apreciação moral (como práticas sexuais, quaisquer que sejam, entre adultos conscientes, ou como a simples mentira).
- **Ferrajoli:** “Em conclusão, o princípio da lesividade (...) tem o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais. E equivale a um princípio de tolerância a respeito dos desvios, idôneo para reduzir a intervenção penal ao *mínimo necessário* e, com isso, para reforçar sua legitimidade e confiança. Se o direito penal é um remédio extremo, devem ser privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência e rebaixados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas”.
- **Claus Roxin:** As cominações penais arbitrárias não protegem bens jurídicos são inadmissíveis. (...) Pela mesma razão estaria vedado proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídico-penais. (...) Por último, (...) as meras imoralidades não violam nenhum bem jurídico e por isso devem ficar impunes. Assim, p. ex., a punição de relações homossexuais ou outras consideradas imorais”.
- **Manter a casa de prostituição**
 - **Código Penal, art. 229:** “Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”.

- **STF:** “No crime de manter casa de prostituição, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo direito penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade” (HC 104.467, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 8.2.2011).
- **Luís Greco:** “a decisão do STF, ao entender que o bem jurídico protegido pelo art. 229 do CP é a moralidade sexual, manifestou indiferença pelos avanços teóricos do direito penal e pela ampla produção literária da doutrina (...)”
- **A mentira do réu no interrogatório** não pode ser valorada negativamente – na circunstância da personalidade ou da conduta social – pelo juiz na dosimetria da pena (STF, HC 195.937, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática de 2.2.2021; STJ, AgRg no AREsp 984.996, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 15.5.2018).
- **Possibilidade de punição de atos preparatórios:** excepcionalmente admite-se a punição de atos preparatórios como crimes autônomos, como é o caso, p. ex., do crime de associação criminosa (CP, art. 288), da constituição de milícia privada (CP, art. 288-A) e da mera posse de petrechos para falsificação de moeda (CP, art. 291).
- **Possibilidade de punição da manifestação de discursos de ódio:** crimes de racismo, crime de apologia (CP, art. 287).

4. Princípio da intervenção mínima

- **Nilo Batista:** “Uma república que tenha como fundamento ‘a dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III, da CF) e como objetivos a construção de uma ‘sociedade livre, justa e solidária’ e a promoção do ‘bem de todos’ (art. 2º, incisos I e IV, da CF) deve conter, pelo menos, a inflação penal”.
- **Marcelo Semer:** “A composição com o princípio da lesividade impõe cautela. Se não pode haver criminalização onde não há lesão ou exposição a perigo de bem jurídico, o inverso não é necessariamente obrigatório. Não é a simples existência de lesão ou exposição a bem jurídico que impõe a criminalização. A lesividade é critério imprescindível, mas não suficiente para a legitimidade da punição. É

preciso submetê-la, ainda, ao princípio da necessidade. O princípio da intervenção mínima se projeta em duas dimensões: a fragmentariedade e a subsidiariedade. A ideia da fragmentação nasce da própria legalidade: nem tudo o que é ilícito, imoral ou antissocial é crime, apenas as condutas selecionadas previamente pelo legislador. A natureza fragmentária implica em que o Direito Penal não se obriga a sancionar todas as condutas lesivas aos bens jurídicos, mas apenas aquelas mais graves e mais perigosas praticadas contra os bens mais relevantes. (...) A subsidiariedade, a seu turno, parte do reconhecimento de que o Direito Penal não é a única forma de controle social”.

- **Dimensões: necessidade** (a intervenção penal deve ser indispensável no contexto da prevenção da prática de novos crimes), **adequação** (qualitativa e quantitativamente, a pena deve corresponder ao mal causado pelo crime) e **proporcionalidade em sentido estrito** (ponderação de meios e fins para decidir sobre a intervenção penal).
- **Zaffaroni:** “A criminalização alcança um limite de irracionalidade intolerável quando o conflito sobre cuja base opera é de ínfima lesividade ou quando, não o sendo, a afetação de direitos que importa é grosseiramente desproporcional com a magnitude da lesividade do conflito. Como é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem constatar, pelo menos, que o custo de direitos da suspensão do conflito guarde um mínimo de proporcionalidade com o grau de lesão que haja provocado”.
- **Proibição do excesso e proibição de proteção insuficiente:** “Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela. Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente” (STF, HC 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 6.3.2012).
 - **Crítica - Juarez Cirino dos Santos:** “Finalmente, é importante registrar: o princípio da proporcionalidade não conhece, em nenhuma de suas formulações originais, a pretensa dimensão de proibição de proteção insuficiente, criada pela imaginação punitivista da literatura brasileira”.

- **Juarez Cirino dos Santos - proporcionalidade abstrata e proporcionalidade concreta:** “O **princípio da proporcionalidade abstrata** dirige-se ao legislador: limita a criminalização primária às hipóteses de graves violações de direitos humanos – ou seja, exclui lesões insignificantes de bens jurídicos e delimita a cominação de penas criminais conforme a natureza e extensão do dano social produzido pelo crime. Nesse aspecto, a proposta de hierarquização das lesões de bens jurídicos é essencial para adequar as escalas penais ao princípio da proporcionalidade abstrata: por exemplo, penas por lesões contra a propriedade não podem ser superiores às penas por lesões contra a vida (...). O **princípio da proporcionalidade concreta** dirige-se ao Juiz criminal: permite equacionar os custos individuais e sociais da criminalização secundária, em relação à aplicação e execução da pena criminal”.
- **Medida de segurança de tratamento ambulatorial para crime apenado com reclusão:** “Via de regra, consoante a diretriz do art. 97 do CP, se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação. Caso o fato previsto como crime seja punível com detenção, poderá o indivíduo ser submetido a tratamento ambulatorial. O critério não é inflexível. Mesmo acontecido um delito apenado com reclusão, o juiz poderá, excepcionalmente, à luz do princípio da proporcionalidade, sujeitar o inimputável a tratamento ambulatorial, desde que constate, indene de dúvidas, a desnecessidade da internação para o fim de cura da periculosidade” (STJ, HC 584.154, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 4.8.2020).
- **Constitucionalidade do preceito secundário do crime de tráfico de drogas:** “O preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06 trata-se de opção legislativa no combate ao tráfico de drogas, apenando com maior severidade aqueles infratores, não competindo ao Poder Judiciário interferir nessas escolhas. No caso, a DPE/SP alegava a inconstitucionalidade do patamar mínimo da pena de multa prevista para o tipo penal em razão da violação dos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena” (STF, AgRg no RE 1.291.306, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 26.10.2020).
- **Inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal:** “É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei 9.677/1998 (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 reprimado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa)” (STF, RE 979.962, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, j. 24.3.2021).

- **Incompetência do Poder Judiciário e separações dos poderes:** “Este Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência cristalizada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, com base nos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, interferir na atividade legiferante, constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo, notadamente no que se refere ao quantum da sanção penal prevista no preceito secundário dos delitos, tendo em vista tratar-se de matéria de política criminal. Tal proceder, por parte do Estado-Juiz, incorreria em nítida violação ao princípio da separação dos poderes” (STF, ARE 1.305.785 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, j. 12.5.2021).
- **Pena mais severa no crime de moeda falsa:** “A redação do art. 289 do Código Penal não ofende o princípio da proporcionalidade ao aplicar pena mais severa ao agente que promove a circulação de moeda falsa para obter vantagem financeira indevida, em comparação ao que, após receber uma cédula falsa de boa-fé, para não sofrer prejuízo, a repassa a terceiros” (STJ, AgRg no AREsp 815.155, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 15.12.2015).
- **Agravante da reincidência e regime aberto:** “O reconhecimento da agravante da reincidência não impede a fixação do regime prisional aberto, especialmente quando o juízo de primeiro grau, próximo aos fatos e provas, motiva a sua escolha nas circunstâncias concretas do delito, observando a proporcionalidade entre a conduta praticada e a resposta penal” (STF, HC 187.203, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, j. 8.4.2021).
- **Aborto e primeiro trimestre da gestação:** “É preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetuada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade” (STF, HC 124.306, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, j. 9.8.2016).

- **Concurso de pessoas e crime patrimonial:** “É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo” (STJ, Súmula 442).
- **Punição da tentativa da falta grave com a sanção correspondente à falta consumada:** “Não é possível acolher a tese segundo a qual o art. 49, § único, da LEP (‘Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada’), deveria ser interpretado à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Não há qualquer óbice a que, em razão de critérios de política legislativa, seja estabelecida idêntica sanção, às hipóteses de consumação ou tentativa de determinados ilícitos, inclusive no campo da execução da pena” (STF, RHC 89.459, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 24.6.2008).

6. Princípio da humanização da pena

- **Ferrajoli:** “A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos; porque mais cruel e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos”.
- Dele dele resulta a absoluta proibição – tanto pelo Direito nacional como pelo DIDH – das penas crueis, desumanas ou degradantes.
- **Nilo Batista:** “O princípio da humanidade intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena, e neste último terreno tem hoje, face à posição dominante da pena privativa da liberdade, um campo de intervenção especialmente importante”.
- **Pena de morte e o DIDH:** rumo à abolição universal. Proibida pelo Estatuto de Roma. Admitida excepcionalmente por tratados como a CADH e o PIDCP.

- **Nilo Batista:** “São também inaceitáveis, porque desconsideram a autorregulação como atributo da pessoa humana, penas que pretendam interferir fisicamente numa ‘metamorfose’ do réu: castração ou esterilização, lobotomia etc”.

7. Princípio da proibição da dupla punição

- **CF, art. 5º, XXXVI:** “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.
- **CADH, art. 8.4:** “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.
- A garantia contra o *bis in idem* ou da vedação da persecução penal múltipla busca proteger a pessoa para que ela não seja novamente processada por fatos pelos quais já foi julgada. Mas o princípio também funciona num **âmbito material** para além do **âmbito processual**.
- **Marcelo Semer:** “As repercussões processuais são imediatas e evidentes, como a litispendência (quando das ações penais visam julgar o mesmo fato criminoso) ou a proibição constitucional de repetir a coisa julgada. Tangenciando o ne bis in idem, o desmembramento em diversas ações penais de condutas praticadas sob continuidade delitiva também causa sensível prejuízo ao réu, impondo que aguardem a unificação das penas em fase de execução, suportando os ônus de uma pena artificialmente elevada. (...) No âmbito material, o ne bis in idem deve se projetar tanto sobre os fatos quanto sobre as penas. O conflito de normas pode ser usado para resolver os principais percalços do ne bis in idem na tipicidade, por intermédio da especialidade, da consunção, da absorção, do ante-fato ou pós fato impuníveis. (...) Da mesma forma como é vedado atribuir duas vezes o mesmo fato ao agente, também infringe o ne bis in idem a duplicidade da consideração de uma mesma circunstância para aplicação da pena”.
- **CADH e PIDCP:** comparados estes tratados, cada um se mostra mais amplo a partir de determinado ponto, embora o ponto em que o PIDCP é mais amplo seja facilmente corrigido com uma interpretação extensiva da CADH. De acordo com o PIDCP, “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi **absolvido ou condenado** por sentença transitada em julgado” (art. 14.7). A CADH, por sua vez, refere-se somente à absolvição como resultado do primeiro

juízo. A Corte IDH abordou o assunto no julgamento do *Caso Rosadio Villavicencio vs. Peru* (2019).

- **Agora, vejamos porque a CADH é mais ampla:** a CADH se refere aos **mesmos fatos** e o PIDCP ao **mesmo crime**. A Corte IDH fez essa anotação no julgamento do *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*: “A garantia do *ne bis in idem* busca proteger os direitos dos indivíduos que foram processados por determinados fatos para que não voltem a ser processados pelos mesmos fatos. Diferentemente da fórmula utilizada por outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (por exemplo, o PIDCP, art. 14.7, que se refere ao mesmo ‘crime’), a CADH utiliza a expressão ‘os mesmos fatos’, que é um termo mais amplo em benefício ao réu” (Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*).
- **Bis in idem e etapa recursal:** a CADH condiciona o *bis in idem* à verificação do trânsito em julgado do primeiro julgamento. Assim, não há violação da proibição do *bis in idem* quando o réu é submetido a novo julgamento em instância recursal a partir de recurso da acusação. A Corte IDH ressaltou isso no *Caso Mohamed vs. Argentina*: “Entre os elementos que conformam a situação regulada pelo art. 8.4 da CADH, encontra-se a realização de um primeiro julgamento que termina numa sentença transitada em julgado de caráter absolutório. Importante compreender, porém, que o processo penal é somente um através de suas diversas etapas, incluindo os recursos ordinários que sejam interpostos contra a sentença. A Corte reitera que o princípio do *ne bis in idem* se sustenta na proibição de um novo julgamento sobre os mesmos fatos que tenham sido matéria da sentença proferida com autoridade de coisa julgada”.
- **Relativização do bis in idem:** nos termos em que colocado na CADH, a proibição do *bis in idem* não admite relativização. No entanto, a jurisprudência da Corte IDH é no sentido de que se trata de uma **garantia relativa, e não absoluta** (*Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*; *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*; supervisão de cumprimento no *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*). Há aqui uma convergência com o art. 20 do Estatuto de Roma do TPI, que trata da chamada coisa julgada aparente ou fraudulenta. A Corte IDH restringe a relativização do *bis in idem* aos crimes mais graves contra os direitos humanos.
- **Independência de instâncias:** quando a CADH proíbe um novo processo pelos mesmos fatos, isso quer dizer que se interdita apenas um novo processo penal ou

que o cidadão pode ser processado pelos mesmos fatos também nas demais instâncias (num processo administrativo disciplinar ou numa ação por improbidade administrativa por exemplo)? **Questão muito discutida na doutrina.** A Corte IDH se manifestou sobre o assunto no julgamento do *Caso Rosadio Villavicencio vs. Peru*, afirmando que a garantia incide apenas no âmbito da jurisdição penal, não impedindo, assim, a concomitância de demandas em instâncias diversas pelos mesmos fatos.

- **Bis in idem no âmbito transnacional:** o art. 8º do CP estabelece que “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”. Assim, busca atenuar e não eliminar a dupla persecução penal. O STF decidiu pela realização de controle de convencionalidade do art. 8º do CP, tendo por paradigmas o art. 8.4 da CADH e o art. 14.7 do PIDCP, que determinam a vedação à dupla persecução penal, ainda que em jurisdições de países distintos (HC 171.118, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2019).
- **Bis in idem no ajuizamento de denúncia pelos mesmos fatos na Justiça Eleitoral e na Justiça Comum:** tratando-se de idênticas imputações, não incide a tese de independência entre as instâncias, pois as duas demandas são de natureza criminal (STJ, REsp 1.847.488, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 20.4.2021).
- **Duplicidade de sentenças:** “Os institutos da litispendência e da coisa julgada direcionam à insubsistência do segundo processo e da segunda sentença proferida, sendo imprópria a prevalência do que seja mais favorável ao acusado” (STF, HC 101.131, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 25.10.2011). No mesmo sentido: STJ, RHC 69.586, 2018 (pode ser interessante ler também o voto vencido do Min. Sebastião Reis Júnior, que fundamenta seu entendimento na doutrina de Paulo Rangel).