

1 APLICAÇÃO DA NORMA PENAL

1.1 Introdução

O direito penal é, por essência, o ramo do direito que, de forma geral, estuda, as condutas proibidas e as respectivas sanções penais.

Dizemos basicamente, pois, em que pese a larga massa de estudo se debruçar, efetivamente, sobre as condutas criminosas, existe a chamada “parte geral”, que se encarrega de trabalhar com diretrizes gerais acerca dos aspectos do delito, definição de território nacional, excludentes de ilicitude, especificação de penas, excludentes de punibilidade, etc., que não serão aplicadas isoladamente. A parte geral, portanto, contém premissas que permitem facilitar a aplicação da parte especial, onde estarão dispostas as condutas criminosas (sem prejuízo de normas explicativas, causas de aumento...).

Antes de aderir propriamente ao conteúdo, é prudente ressaltar que o direito penal é um ramo do direito público, que veda o exercício da autotutela (fazer justiça com as próprias mãos), consagrando ao Estado-Juiz o direito de impor uma sanção para quem transgride a norma.

O direito se caracteriza pela previsão de comportamento e de sanção, ou seja, o Direito pretende regular a vida em sociedade. Para tanto, estabelece comportamentos permitidos e proibidos. Ao proibir uma conduta, o Estado utiliza a ameaça de uma sanção, algo comum a todos os ramos do direito.

Como ramo do ordenamento jurídico, o Direito Penal se distingue precisamente pelo meio de coação e tutela com que atua, que é a pena. Assim, a diferença entre o Direito Penal e os demais ramos jurídicos tem relação direta com a natureza da sanção (pena) prevista. Enquanto a sanção civil tem natureza de reparação, pois o que se pretende com ela é que se retorne ao *status quo* anterior ao fato que a originou, a sanção caracteriza-se pelo castigo. Ou seja, a sanção civil, denominada penalidade, constitui, em regra, uma reparação. Por sua vez, a sanção penal é caracterizada pela retribuição, pois a pena não consiste na execução coativa do preceito jurídico violado, mas na perda de um bem jurídico imposta ao autor do ilícito, ou seja, num mal infligido ao réu, em virtude de seu comportamento antijurídico. Daí o seu caráter retributivo.

Em síntese, pode-se definir pena como sendo a perda de um direito imposta pelo Estado em razão do cometimento de uma infração penal.

1.2 Fontes do direito penal

O direito penal possui uma origem para o nosso contexto social. E a partir disso, devemos nos questionar: de onde vem o direito penal?

A ciência nos ensina que o direito penal possui duas fontes, a **FONTE MATERIAL** e a **FONTE FORMAL**. Ressaltamos que existe também uma denominação de **FONTE INFORMAL**, materializada pelos costumes.

Fonte Material (ou de produção) é aquela responsável pela produção das normas penais e, segundo o art. 22, I da Constituição Federal, compete à **UNIÃO**, legislar privativamente, sobre normas de direito penal.¹

Já as **Fontes Formais** (de cognição ou de conhecimento) representam um instrumento que externaliza, apresenta, o direito penal.

As fontes formais se dividem em:

- ▶ imediatas (não dependem de interpretação, o direito penal se revela diretamente);
- ▶ mediatas (dependem de processo hermenêutico para sua classificação).

Aqui, adotaremos o entendimento moderno sobre a classificação das fontes.

As fontes **imediatas** podem ser:

- ▶ Lei;
- ▶ Constituição Federal – que não revela crimes diretamente, mas apresenta instrumentos de direito penal a partir dos Mandados de Criminalização, como no art. 5º, incisos XLII, XLIII, XLIV, e no art. 225, §3º;
- ▶ Tratados e convenções internacionais de direitos humanos;
- ▶ Jurisprudência;
- ▶ Princípios;
- ▶ Complementos normativos (que podem ser utilizados para complementar o preceito primário de uma determinada norma penal em branco).

Como fonte formal **mediata**, resta apenas a doutrina.

No que diz respeito às **fontes informais** remanescem apenas os costumes, por representarem comportamentos (direito consuetudinário), e não estarem respaldados em textos ou diplomas.

Destacamos que os costumes não têm o condão de criar ou extinguir sanções penais, embora possam ser utilizados como ferramenta de absolvição em conjunto, por exemplo, com o princípio da adequação social.

1.3 Características da lei penal

¹ Atenção, o art. 22, parágrafo único da CF também estabelece que a lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. Estas questões específicas somente podem abranger questões locais, não interferindo, por exemplo, na teoria do crime, causas de exclusão de ilicitude ou culpabilidade...

- ▶ **Exclusividade:** somente a lei pode prever figuras criminosas e prever as respectivas sanções;
- ▶ **Imperatividade:** é imposta a todos, independente da vontade do sujeito.
- ▶ **Generalidade:** todos devem respeitar a lei.
- ▶ **Impessoalidade:** destina-se a regulamentar fatos, não é direcionada à pessoa.

1.4 Classificação da lei penal

- ▶ **Lei penal incriminadora:** representa a norma penal que prevê a conduta criminosa e a possibilidade de sanção.
 - » Lei penal incriminadora direta (ou propriamente dita): é a lei penal que define infrações e as respectivas sanções. É o que se observa nas condutas apresentadas na parte especial do Código Penal, exemplo: art. 121, 155, 157, 159 etc., onde se vê a conduta, seguida da previsão de pena.



Obs.: A lei penal incriminadora se subdivide em preceito primário (descrição da conduta – *preceptum iuris*) e preceito secundário (previsão de pena – *sanctio iuris*).

- » Lei penal incriminadora indireta (ou de extensão): aqui, **não** estaremos diante da descrição de uma conduta seguida da previsão de pena, mas sim, diante de normas que **permitirão a punição de determinada conduta, desde que conjugadas com uma norma da parte especial**. É o que se denota do art. 13, §1º (onde se permite a punição por crime omissivo impróprio) e do art. 14, II e parágrafo único (previsão para punição do crime tentado), ambos do CP.
- ▶ **Lei penal não incriminadora:** lei penal em sentido amplo. Não prevê a conduta criminosa. Se desmembram em:
 - » Permissiva justificante: tornam **lícitas** (permitidas) determinadas condutas (Ex.: art. 25, CP – excludente de ilicitude).
 - » Permissiva exculpante: elimina a culpabilidade (Ex.: embriaguez acidental completa – art. 28, §1º, CP).
 - » Explicativa ou interpretativa: norma conceitual (Ex.: art. 327, CP)
 - » Complementar: aquela que delimita a aplicação da lei penal incriminadora.

Consideração Importante:

Em muitos dispositivos da Lei Penal, temos menções que remetem à década de 1940, período em que o Código foi editado. Por essa razão, a interpretação das normas penais deve ser moderna e ajustada ao contexto contemporâneo em que é aplicada.

Com relação às formas de interpretação, é preciso recordar alguns conceitos que podem induzir o aluno/candidato a erro, são os seguintes termos:

- ▶ **Interpretação extensiva:** situações em que a lei disse menos do que deveria, em razão disso, o intérprete amplia o significado da norma (Ex.: art. 186, CP).

- ▶ **Interpretação restritiva:** a lei disse mais do que deveria, assim, o aplicador do direito deve enxugar o alcance da norma.
- ▶ **Interpretação analógica:** para esta modalidade, que destoa um pouco do conceito de interpretação, estamos diante de situações em que, em homenagem ao princípio da legalidade, o legislador traz algumas situações que de fato pretendeu regular, mas, na sequência, permite que aquilo que seja semelhante também seja abrangido pelo dispositivo (ex.: quando o código utiliza a expressão: “ou outro meio...”, “ou por qualquer outro meio...”, como acontece no art. 121, §2º, I, III e IV do CP).

Também não se pode confundir métodos de interpretação com a analogia. Esta não é forma de interpretação, e sim, de integração.

Analogia (ou aplicação analógica), conforme será adiante esmiuçado, é uma ferramenta de integração, admitindo-se, somente *in bonam partem*. Noutro giro, interpretação analógica é ferramenta de enquadramento (tipicidade), portanto, admite-se sua aplicação para o mal, uma vez que sua aplicação consiste em enquadrar uma situação real ao exemplo genérico fornecido pela lei.

1.4.1 Norma penal em branco (primariamente remetidas)

São aquelas normas em que há necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário.

Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente um complemento extraído de outro diploma – leis, decretos, regulamentos etc. – para poderem ser compreendidos os exatos limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, impossibilita-se a sua aplicação.

Diz-se em branco a norma penal porque seu preceito primário não é completo. Para que se consiga compreender o âmbito de sua aplicação, é preciso que ele seja complementado por outro diploma. Basicamente, são aquelas normas que estabelecem a cominação penal, ou seja, a sanção penal, mas remetem à complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas. **O que ocorre é uma complementação do preceito primário e não do secundário.**

Muitas vezes, o complemento de que necessita a norma penal em branco é fornecido por outra lei, ou, como veremos abaixo, por outro diploma que não uma lei em sentido estrito.

Por essa razão, a doutrina divide as normas penais em branco em dois grupos, normas penais em branco **HOMOGÊNEAS** e **HETEROGÊNEAS**²:

² Importante para identificação, analisar a fonte que expediu o complemento normativo.

- ▶ Normas penais em branco **homogêneas (em sentido amplo ou homólogas)**: seu complemento é oriundo da **mesma fonte legislativa** que editou a norma que necessita desse complemento.

Assim, temos o art. 237 do CP, “*Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta. Pena – detenção, de três meses a um ano*”.

Para responder pela prática do referido delito, é preciso saber quais são os impedimentos que levam à decretação de nulidade absoluta do casamento.

A resposta está no art. 1521, I a VII do CC.

Percebe-se que temos uma Lei (Código Penal) sendo complementada por outra Lei (Código Civil). Assim, a fonte que expediu a norma principal e o complemento é a mesma.

Porém, há ainda uma subclassificação das normas penais em branco homogêneas, sendo elas:

- » **Homovitelina**: a norma complementar é do mesmo ramo do direito que a principal, ou seja, a lei penal será complementada por outra lei penal (Ex.: art. 338, complementado pelo art. 5, §1º, CP). Portanto, o código penal complementa o próprio código penal.
 - » **Heterovitelina**: tem sua norma complementar oriunda de outro ramo do direito, como no exemplo do art. 237, em que o complemento está no código civil. Aqui, percebe-se que a fonte normativa da norma principal e do complemento é a mesma, qual seja, o poder legislativo. Porém, o complemento normativo deriva de outro ramo do direito.
- ▶ Normas penais em branco **heterogêneas (em sentido estrito ou heterólogas)**: seu complemento é proveniente de **fonte diversa** daquela que editou a lei.

No caso do art. 28 da Lei de Drogas, por exemplo, estamos diante de uma norma penal em branco heterogênea, uma vez que o complemento necessário ao referido artigo foi produzido por uma autarquia (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde, que pertence ao Poder Executivo, ao passo em que a lei foi editada pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo).

Assim, para podermos saber se uma norma penal em branco é considerada homogênea ou heterogênea, é preciso que conheçamos sempre sua fonte de produção. Se for a mesma, ela será considerada homogênea; se diversa, será reconhecida como heterogênea.

Por derradeiro, devemos destacar que ainda pode ser encontrada a terminologia de “normas penais incompletas ou imperfeitas (secundariamente remetidas)”, que são aquelas que, para saber a sanção (pena) imposta pela transgressão de seu preceito primário, o legislador **nos remete a outro texto de lei**.

Assim, pela leitura do tipo penal incriminador, verifica-se o conteúdo da proibição ou do mandamento, mas para saber a consequência jurídica é preciso se deslocar para outro tipo penal. Ex.: art. 304, CP; art. 1º da Lei nº 2.889/1956.



Em provas pode aparecer como sinônimo de normas penais incompletas/imperfeitas ou, ainda, lei penal inversa ou ao avesso.

QUESTÃO COMENTADA

1. (CESPE/CEBRASPE – 2009 – SEJUS-ES – AGENTE PENITENCIÁRIO) Em relação à legislação penal extravagante e aos crimes definidos na parte especial do Código Penal, julgue o item a seguir.

De acordo com a legislação que tipifica o tráfico ilícito e o uso indevido de drogas, são consideradas entorpecentes aquelas capazes de produzir dependência física ou psíquica, constantes nas relações publicadas em conjunto com a lei específica, por esta constituir norma penal em branco.

Certo () Errado ()

De fato, a Lei de Drogas é classificada como uma norma penal em branco, haja vista que a definição de “drogas” encontra respaldo em Portaria editada pela Secretaria de Vigilância Sanitária (nº. 344/1998), que é vinculada ao Ministério da Saúde.

GABARITO: CERTO.

1.5 Princípios

Como todos os outros ramos, antes de adentrar, propriamente, ao conteúdo, imprescindível a análise de alguns princípios que lastreiam toda a matéria.

Por evidente que, primando pela objetividade e eficácia no estudo, citaremos apenas aqueles de maior relevância. Repetindo, os princípios a seguir explicitados não são os únicos existentes, existem tantos outros com a sua relevância e importância, mas diante do cenário ao qual estão vinculados.

1.5.1 Princípio da legalidade

Um dos pilares do direito penal, desde os primórdios, consiste no princípio da legalidade. Deriva do brocardo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

Isso porque ele se reveste de um pilar sob o qual toda a disciplina irá se irradiar.

Tamanha relevância que o mesmo aparece no art. 1º do Código Penal, e também ostenta matriz constitucional, conforme art. 5º, XXXIX, CF, porém, com a mesma redação, conforme abaixo:

Não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal.

Em resumo, conseguimos extrair, portanto, que somente a **lei** (anterior ao fato, formal, certa, escrita) é quem pode constituir uma infração penal e a respectiva pena.

Esta lei deve respeitar o processo material e formal de sua elaboração.



Ponto importante que já foi tema de prova é que o princípio da legalidade é a soma do princípio da reserva legal (somente a lei pode criar crimes e prever penas) + o princípio da anterioridade da lei penal (a lei deve ser anterior ao fato).

1.5.1.1 Reflexos Jurídicos do Princípio da Legalidade

Deste princípio matriz e balizador do direito penal, extraímos algumas regras:

- ▶ **A primeira**, de que se proíbe a retroatividade de uma lei penal incriminadora (princípio da irretroatividade da Lei Penal). Basicamente, via de regra, a lei não pode ser aplicada para fatos **anteriores ao seu período de vigência**.

Entretanto, excepcionalmente, permite-se a retroatividade (aplicação da lei para período anterior à sua vigência) da lei penal que beneficie o agente (art. 5º, XL, CF). Em resumo, a lei penal não retroagirá, **salvo** em benefício do réu.

- ▶ A esta movimentação de leis no tempo, damos o nome de **EXTRATIVIDADE**.



A extratividade pode ser compreendida como um gênero, do qual são espécies: a **retroatividade** (lei aplicada a período anterior à sua vigência – o que só ocorre *in bonam partem*); e a **ultratatividade** (quando a lei é aplicada após o seu período de revogação, em homenagem ao *tempus regit actum*).

Ilustrando, imagine que uma Lei “A” estabeleça a pena para o crime de furto como uma reclusão de 02 a 06 anos (friso que se trata de um exemplo). Durante a vigência da Lei “A”, Joaquim pratica furto. Nesse contexto, por ser a lei vigente na data do fato, esta lei será aplicada em desfavor de Joaquim. Porém, antes do processo ser definitivamente julgado, o Poder Legislativo promulga nova Lei, denominada de Lei “B”, que altera a pena do furto, reduzindo a pena para uma reclusão de 01 a 04 anos. Evidentemente, a nova lei é benéfica. Portanto, esta Lei “B” terá força retroativa para se sobrepor à Lei “A” que estava vigente no momento do fato.

Perceba que, caso a nova lei tivesse traços prejudiciais ao acusado, a nova Lei não retroagiria e, somente seria aplicada aos fatos praticados após a sua vigência.

COMO FOI COBRADO

1. (CESPE/CEBRASPE – 2010 – ABIN – OFICIAL DE INTELIGÊNCIA) Em relação à aplicação da lei penal e aos diversos aspectos do crime, julgue os itens seguintes.

Dado o reconhecimento, na CF, do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica como garantia fundamental, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita in concreto, cabendo, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultratividade da norma antiga.

Certo () Errado ()

Na prática, a CF proíbe a retroatividade da Lei Penal, exceto se a nova lei for benéfica ao agente. Dessa forma, na prática, não se pode generalizar. É sempre necessário fazer o comparativo entre a lei antiga e lei nova (análise *in concreto*), para se aferir qual delas deverá ser aplicada.

GABARITO: CERTO.

- A **segunda** regra que se extrai, é a de que se proíbe, **via de regra**, o uso da analogia, dos princípios gerais de direito ou costumes para incriminar determinadas condutas. Isso porque, não é possível a criação de crimes ou de situações desfavoráveis sem a presença da LEI – que é o instrumento normativo adequado para a construção de situações desfavoráveis ao indivíduo.

Permite-se, contudo, a aplicação da analogia in bonam partem. A analogia é uma ferramenta de integração, que permite ao aplicador do direito estender a uma situação não prevista expressamente na lei, uma disposição existente que trate de caso semelhante (Ex. Aplicação do art. 121, §5º do CP – perdão judicial – ao crime do art. 302 do CTB). Em suma, onde existir a mesma razão, que exista o mesmo direito. É o que ocorre no exemplo mencionado, onde ambas as condutas tutelam a vida humana e incriminam o homicídio culposo, embora o do CTB é praticado na condução de veículo automotor. Contudo, a possibilidade de aplicação do perdão judicial, prevista par ao homicídio culposo do CP, não está expressamente prevista no CTB. Por se tratar de uma lacuna de lei e de um instituto benéfico, é possível a aplicação pela via da analogia, a fim de suprir a lacuna deixada pelo legislador.

- A **terceira**, consolida a ideia de proibição à criação de tipos penais vagos, abstratos, indeterminados, o que consolida o chamado princípio da taxatividade ou determinação, que prega que os tipos penais devem ser construídos sem abstrações, da maneira mais restrita possível.

1.5.2 Princípio da humanidade/dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF)

Este princípio, que encontra respaldo no art. 1º, inciso III da CF, tem a seguinte redação:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

Nesse sentido, a ideia central é garantir ao indivíduo um mínimo existencial, isso se prova pela consolidação dos direitos sociais.

Noutro viés, o objetivo é permitir ao indivíduo um sentimento de autoestima e de respeitabilidade.

Há também o enfoque penitenciário, que é diuturnamente questionado, especialmente pelo cárcere não fornecer condições adequadas para o cumprimento de pena.

Inclusive, há menção no art. 5º, XLVII das penas que não podem ser aplicadas, quais sejam:

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

Além disso, rotineiramente o Estado demonstra preocupação com este aspecto, como, por exemplo, com a edição da Lei nº 13.769/2018, que estabelece regras especiais para a progressão de regime da mulher gestante, mãe ou responsável por pessoas ou crianças com deficiência.

A edição da referida norma consagra um entendimento firmado pelo STF no bojo do julgamento do HC nº 143.641/SP, no qual figuravam como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentassem a condição de gestante, puérperas (pouco tempo após o parto) ou mães com crianças de até 12 anos de idade sob sua responsabilidade.

Ademais, a Lei nº 13.769/2018 trouxe regras específicas para progressão de regime de pena da mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. O §3º do art. 112 da lei estabelece a progressão a partir de 1/8 da pena, desde que preenchidos outros requisitos.

1.5.3 Princípio da ofensividade/lesividade/exclusiva proteção de bens jurídicos

Um ordenamento jurídico deve, necessariamente, proteger os indivíduos utilizando-se do Direito Penal, mas deve também protegê-lo do próprio Direito Penal, cuja aplicação punitiva e, por vezes, vingativa pode ser tão odiosa quanto a própria infração que gerou a sua utilização. Assim, fez-se mister que fossem estabelecidos princípios limitativos ao poder punitivo estatal.

Aqui, optou-se por tratar de alguns desses princípios, considerados como mais relevantes, embora muitos outros possam ser mencionados.

Sendo assim, tem-se que a disciplina está lastreada em quatro princípios fundamentais que, por sua vez, se desdobram em tantos outros. São eles: princípio da legalidade, princípio da culpabilidade, princípio da proteção de bens jurídicos (danosidade social), e princípio da humanização da pena. O primeiro guarda pertinência com o escopo político de limitação da ação do Estado, os dois seguintes com o estudo do delito e o último com a aplicação da sanção penal.

Saliente-se, ainda, a importância dos princípios fundamentais para a compreensão do Direito Penal. Se, em outros ramos do saber jurídico, a diferenciação entre normas e princípios somente ganhou relevo com o recente constitucionalismo, no Direito Penal, essa distinção não somente tem raízes históricas, como condiciona, há tempos, aquilo que se convencionou denominar de dogmática jurídico-penal, tanto na sua vertente teórica como na prática.

O princípio em estudo exige que, para ocorrer a atuação/intervenção da Lei Penal, é preciso que exista **lesão ou perigo de lesão** ao bem jurídico tutelado.

- ▶ Delitos de perigo abstrato e perigo concreto: nos primeiros, o perigo gerado pela conduta é presumido (porte de arma, porte de drogas para consumo...), enquanto, no segundo, a situação de perigo é exigida pela Lei e, para que a conduta seja materializada, este perigo precisa ser comprovado (Ex.: art. 250, CP; 254...).
- ▶ A autolesão, ou a colocação em risco de um bem jurídico próprio, não configura crime, em razão do que determina o princípio da alteridade.
- ▶ Pelo fato de se exigir a ofensa ao bem jurídico é que não se pune, como regra, os atos preparatórios ou a simples cogitação.

1.5.4 Princípio do “*ne bis in idem*”

Este princípio preconiza que não é possível punir ou processar o indivíduo mais de uma vez por um mesmo fato.

Todavia, há manifesta exceção no caso de extraterritorialidade incondicionada da Lei Penal Brasileira, conforme art. 7º, I e §1º do CP, combinado com art. 8º do CP.

Outrossim, há também de se destacar que o STF possui entendimento de que o princípio em estudo poderá ser excepcionado quando o julgamento no estrangeiro for absolutamente injusto e ilegítimo.

Importante transcrever trecho do julgado:

Portanto, se houver a devida comprovação de que o julgamento em outro país sobre os mesmos fatos não se realizou de modo justo e legítimo, desrespeitando obrigações processuais positivas, a vedação de dupla persecução pode ser eventualmente ponderada para complementação em persecução interna. (STF; Segunda Turma; Relator Ministro Gilmar Mendes; HC nº 171118/SP; Publicado no DJe de 17/08/2020)



SÚMULA RELACIONADA:

Súmula nº 241, STJ: A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

1.5.5 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade decorre da ideia de que cada um responde pelos seus atos, pois a responsabilidade penal é estritamente pessoal e subjetiva. Entendendo-se culpabilidade como juízo de reprovação que recai sobre o agente autor da conduta reprovável, somente deve ser penalmente reprovado aquele que, por sua conduta, tenha dado causa a resultado criminoso.

Tal princípio remonta ao direito canônico da Idade Média. A sua importância, contudo, não está apenas na sua finalidade histórica, qual seja, legitimar a aplicação da pena. Na verdade, todas as mudanças havidas nesses muitos séculos de cultura europeia denotam, cada vez mais, a correção e importância do princípio da culpabilidade, de tal modo que se pode afirmar que a história do princípio da culpabilidade é a história da sua realização, de forma cada vez mais pura.

A pena criminal somente se justifica se o agente devia evitar e, também, se podia evitar o ilícito praticado. Fora daí, a punição é injusta, é punição pela mera relação objetiva entre causa e efeito; entre a ação e o resultado desvalioso. Nesse sentido, o princípio da culpabilidade também representou uma evidente conquista dos cidadãos contra o arbítrio dos órgãos estatais.

O princípio da culpabilidade surgiu e se consolidou a partir da ideia de que a caracterização do delito e, portanto, a imposição da pena, pressupõe – sempre – um comportamento humano voluntário.

Há de se respeitar a dimensão subjetiva do atuar humano. Não se pode punir alguém apenas pela vinculação objetiva de seu atuar e o resultado desvalioso. Exige-se que tenha operado com dolo ou culpa stricto sensu.

Isto é o princípio da culpabilidade. Evidentemente, ele se desdobra em muitos outros, haja vista sua carga de complexidade. Cumpre, assim, observar que a doutrina reconhece, basicamente, duas grandes funções ao princípio sob comento: pressuposto e limite de toda punição.

Relativamente à primeira função, o exemplo anterior bem esclareceu que o princípio da culpabilidade afasta a responsabilidade penal objetiva (sem culpa) e exige que se cause um resultado doloso ou, ao menos, culposamente. O segundo desdobramento do princípio corresponde ao critério de dosimetria da punição: a culpabilidade é o parâmetro da pena; não pode a pena ser superior à culpa do agente. Deve ser proporcional ou adequada ao desvalor da ação praticada.

Ressalte-se, todavia, que não se poderá punir simplesmente porque a ação deu causa a um resultado típico. Deve haver um componente subjetivo (dolo ou culpa) que reprove a conduta do sujeito, que é a medida da pena.

1.5.6 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima estabelece que o Direito Penal não deve proteger qualquer bem jurídico, mas somente aquele que se concebe como um bem jurídico penal, ou seja, os valores mais caros à sociedade, sem os quais a sociedade não terá condições de permanecer como tal. Dito de outro modo, só deve ser utilizado contra determinadas formas de ataque ou ameaça para aqueles bens. Só deve ainda ser utilizado quando fracassarem ou demonstrarem-se ineficientes outros ramos do Direito (princípio da *ultima ratio*).

Nesse sentido, o princípio da intervenção mínima diferencia um bem jurídico penal do bem jurídico em sentido geral. O bem jurídico *lato sensu* é todo e qualquer valor importante para a sociedade, cuja proteção seja determinada por força de lei, ou por força de ato administrativo. Já os bens jurídicos penais são os valores essenciais, que devem constituir o núcleo central do estado democrático de direito. Desse rol, por exemplo, fazem parte a vida, o patrimônio, a identidade corporal e a liberdade psíquica ou individual.

O princípio da intervenção mínima tem duas faces: nega a possibilidade de o Direito Penal proteger bens jurídicos que não são essenciais e, de outro lado, determina que o Direito Penal proteja os bens jurídicos considerados essenciais.

O postulado da intervenção mínima confunde-se, como visto, com a noção de *ultima ratio*. Trata-se, em suma, de um postulado político-criminal protetivo do cidadão e restritivo da atividade interventiva do Estado.

Consagra a ideia de que o direito penal deve intervir minimamente na vida do indivíduo. Isso porque a regulamentação das condutas deve se limitar ao necessário e indispensável para a manutenção da paz social. Tal princípio relaciona duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

A partir da ideia de intervenção mínima, temos dois desdobramentos:

- ▶ **Princípio da Fragmentariedade:** caberá ao Direito Penal proteger os bens jurídicos mais importantes e punir os ataques mais graves, deixando de lado bens ou lesões de pouca importância.
- ▶ **Princípio da Subsidiariedade:** o Direito Penal é direito de *ultima ratio*, é dizer, só deve atuar nos casos em que os demais ramos do Direito forem insuficientes para resolver o problema.

1.5.7 Princípio da insignificância (ou bagatela própria)

Por intermédio deste princípio, tem-se que lesões ou ameaças de mínima relevância para bens jurídicos não devem ser objeto de consideração por parte do Direito Penal. Este princípio – também conhecido como princípio da bagatela – foi teorizado por Claus Roxin e é complementar dos demais anteriormente registrados, visto que mesmo quando uma determinada conduta possa formalmente ser tida como criminosa, poderá ser inconveniente a reação punitiva estatal

O Direito Penal deve procurar proteger a comunidade de crimes que tenham gravidade razoável, evitando punir os chamados crimes de bagatela (ninharia). Fundamenta-se no princípio da fragmentariedade, pois compete ao Direito Penal proteger bens jurídicos mais importantes, e não proteger as condutas irrelevantes no aspecto material. A conduta já nasce insignificante, ou seja, atípica (**excluída a tipicidade material**).



Ex.: indivíduo ser processado por ter subtraído um bem avaliado em R\$ 36,00 de uma grande rede de supermercados.

Para sua incidência, a jurisprudência do STF e do STJ firmou entendimento de que é necessária a presença dos seguintes vetores:

- ▶ A Mínima ofensividade da conduta do agente;
- ▶ A Ausência do perigo social da ação;
- ▶ O Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- ▶ A Inexpressividade da lesão jurídica provocada;