

**PRINCÍPIOS E
CARACTERÍSTICAS
DO DIREITO PENAL**

1



1 PRINCÍPIOS E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL

1.1 Princípios Constitucionais do Direito Penal

1.1.1 Princípio da reserva legal e da anterioridade da lei penal

Art. 1º do CP: *Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.* É o princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, inserido no Art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88. Neste mesmo dispositivo, estão inseridos dois princípios constitucionais: **reserva legal e anterioridade da lei penal**.

Conceito de princípio da reserva legal: *O Estado não pode punir uma pessoa por uma conduta não prevista (descrita) em lei (ordinária federal) como crime.* Em decorrência da necessidade de reserva legal, surge o princípio da **taxatividade**, segundo o qual a conduta deve estar descrita de forma exata na norma penal, sem gerar qualquer dúvida ou **indeterminação**. **Conceito de princípio da anterioridade:** A lei deve estar em vigor na data em que a conduta criminosa é cometida, isto é, condutas anteriores à vigência de uma lei penal não podem ser atingidas por esta. A anterioridade da lei penal é **indispensável** para garantir segurança jurídica, caso contrário, uma nova lei penal poderia, por exemplo, ser criada para perseguir politicamente pessoas.



FIQUE LIGADO!

Qual a diferença entre os princípios da reserva legal e da legalidade? Parcela da doutrina considera que o princípio da reserva legal possui o mesmo significado do princípio da legalidade, identificando-os como expressões sinônimas. Outros autores entendem que o princípio da reserva legal decorre do princípio da legalidade, ou seja, algumas matérias só podem ser disciplinadas por lei, em sentido formal e estrito, não admitindo, por exemplo, medida provisória. Além disso, para esta parcela da doutrina, a reserva legal limitaria ainda mais a abrangência do tipo penal, isto é, o enquadramento da conduta por meio da incidência da norma penal, porque não permite nem mesmo analogia para incriminar condutas não descritas taxativamente.

Criticando as leis penais vagas, indeterminadas e imprecisas, observa Bitencourt: “Em termos de sanções criminais são inadmissíveis, pelo **princípio de legalidade**, expressões vagas, equívocas ou ambíguas.”¹ Constitui direito de **todas as pessoas** conhecerem com clareza os **comportamentos proibidos** descritos nos tipos penais incriminadores.

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral - V.1*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15-16.



Dessa forma, os tipos penais vagos (descrição genérica) devem ser evitados pelo legislador. Daí nasce a expressão “mandato de certeza”, isto é, a lei penal **não pode ser indeterminada**, justamente para evitar o autoritarismo do Estado e de seus órgãos. A reserva legal estende-se normalmente às contravenções penais e às medidas de segurança. A infração penal é o gênero do qual decorrem duas espécies: **crime e contravenção penal** (*delito anão*). Desta forma, a exigência da reserva legal abrange as contravenções penais. A sanção penal divide-se em pena e medida de segurança. Em relação a esta última, impõe-se do mesmo modo uma lei penal fixando-a previamente e com clareza.

1.1.2 Princípios da irretroatividade da lei penal mais maléfica e da retroatividade da lei penal mais benéfica

De acordo com o inciso XL do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, a lei penal somente retroagirá para **beneficiar o acusado**. No mesmo sentido, dispõe o Art. 2º do Código Penal. A lei nova mais favorável deverá retroagir se trazer uma situação mais favorável ao réu. Por outro lado, se de alguma forma lhe for prejudicial, jamais poderá retroagir para prejudicá-lo.

A irretroatividade da lei penal mais maléfica e a retroatividade da lei penal mais benéfica **não se restringem às penas**, mas a qualquer norma de natureza penal. Toda e qualquer norma que influencie no direito de punir do Estado deve ser considerada de natureza penal (Ex.: Norma de execução penal que torne mais grave o cumprimento da pena). A irretroatividade não atinge somente as penas, como também as **medidas de segurança**. Como já se teve a oportunidade de observar, a medida de segurança é espécie de sanção penal, incidindo em relação a esta todos os princípios penais.

Recentemente, a Lei Anticrime (Lei n.º 13.964/2019) aumentou a pena de vários delitos previstos no CP e tornou o seu cumprimento mais rigoroso. Como se trata de lei penal nova mais maléfica, somente poderá ser aplicada aos fatos cometidos a partir da sua vigência, justamente por causa da sua irretroatividade.



FIQUE LIGADO!

Não confundir as leis processuais penais com as leis penais. As leis processuais penais não se submetem ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, conforme prevê o Art. 2º do CPP. A lei processual é aplicada imediatamente no processo em andamento, não importando se o crime foi cometido antes ou após sua entrada em vigor, ou se é ou não mais benéfica. Em outros termos, os princípios da retroatividade da lei penal mais benéfica e da irretroatividade da lei penal mais maléfica aplicam-se exclusivamente às normas de natureza penal.

E como estabelecer se a norma é de natureza processual ou penal? As **normas processuais penais** (Ex.: prisão preventiva - a restrição é provisória, cautelar) refletem diretamente sobre o processo, não possuindo relação com o direito de punir do Estado. Somente possuirá natureza penal a norma que tornar **mais rigorosa**, ou menos rigorosa, a punição estatal.

1.1.3 Princípio da culpabilidade

Decorrência do Estado Democrático de Direito, o princípio da culpabilidade consagra a responsabilidade penal **subjéctiva**, impondo que ninguém seja responsabilizado penalmente sem que tenha agido com **dolo ou culpa**. A máxima constitucional *nulla poena sine culpa* é uma exigência do **princípio da dignidade da pessoa humana**, porque a punição penal de uma pessoa não pode ser um fim em si mesmo, senão uma necessidade da justiça, partindo-se do pressuposto de que esta pessoa praticou dolosamente uma conduta descrita na norma penal, ou incorreu em algum tipo de **erro reprovável** (imprudência, negligência ou imperícia).

A mera relação de causalidade entre a conduta e o resultado material ou mesmo a simples descrição da conduta nos elementos descritivos da norma penal não são suficientes para o aperfeiçoamento do delito. Sempre será necessário analisar a presença de uma conduta valorada a título de dolo ou de culpa para que o fato típico venha a se constituir como **elemento constitutivo do delito**.

Bitencourt elenca **três consequências** deste princípio: “a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena.”² Por sinal, como se pode observar da redação do Art. 59 do Código Penal, a culpabilidade é critério legal para a **fixação da pena**.

A própria Reforma Penal de 1984 teve a preocupação de afastar a responsabilidade penal objetiva ao estabelecer a culpa como critério para a fixação da pena, bem como para a sua **eventual substituição**. Por isso mesmo extinguiu o **sistema do duplo binário** (dupla via ou duplo trilho), não se admitindo mais a aplicação concomitante de pena e de medida de segurança aos semi-inimputáveis.

1.1.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III, da CF) é o alicerce do **Estado Democrático de Direito**. Por isso, o legislador constituinte dispõe: *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais* (Art. 5º, inciso XLI, da CF). A **tutela penal** deve sempre se pautar pelo princípio vetor da dignidade da pessoa humana.

1.1.5 Princípio da humanidade (ou da humanização das penas)

O princípio da humanização das penas **impede** que o direito de punir do Estado atinja a **dignidade** da pessoa humana. A CF/88, no inciso XLVII, do Art. 5º, proíbe a aplicação de penas: *a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do Art. 84, inciso XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. E o inciso XLIX, do Art. 5º, da CF, estabelece ainda que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.*

1.1.6 Princípio da personalidade

Somente o **autor do delito** pode sofrer a sanção penal, conforme dispõe o Art. 5º, inciso XLV, da CF: *nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser,*

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral - V.1*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20-21.





nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Outras denominações: “intranscendência” ou “personalidade”.

1.1.7 Princípio da individualização da pena

O Art. 5º, inciso XLVI, da CF/88, estabelece que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Possui três fases:

1ª) Cominação da pena (fase legislativa): o legislador estabelece a pena para cada crime, de acordo com a relevância do bem jurídico (Ex.: A pena do estupro não pode ser a mesma do furto).

2ª) Aplicação da pena (fase judicial): a pena é estabelecida pelo juiz, na seguinte ordem: fixa a pena-base; depois, aplica atenuantes e agravantes; e, por fim, as majorantes e minorantes.

3ª) Execução penal (fase administrativa): Os condenados serão classificados, segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. (Art. 5º da Lei nº 7.210/1984).

1.1.8 Princípio da proporcionalidade das penas

A pena deve ser quantificada com o propósito de ser **suficiente e necessária** para cumprir sua função constitucional de retribuição e de prevenção. O legislador não pode fixar em abstrato sanções penais incompatíveis com a **gravidade do delito**, assim como o juiz não pode como intérprete fixar penas em concreto desconexas com a realidade apreciada.

De acordo com o **princípio da proporcionalidade**, assevera Luiz Regis Prado, “deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio - abstrata (legislador) e concreta (juiz) - entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta.”³ Afinal, todas as pessoas possuem o direito de **não serem punidas excessivamente**.

A resposta penal desarrazoada pode vir a constituir uma dupla ou tripla pena não prevista. A **desproporção** entre a pena aplicada e a gravidade do fato cometido **pode vir a constituir**, por si só, outra punição e, dessa forma, não pode ser aceita como reação penal.

1.2 Princípios Modernos do Direito Penal

1.2.1 Princípio da intervenção mínima

É o princípio segundo o qual somente se deve recorrer ao Direito Penal quando **exauridos** todos os meios alternativos de controle social, evitando assim a inflação **legislativa**. O acúmulo de normas penais ocasiona a perda de sua **efetividade**, gerando o descrédito da sanção penal e, por conseguinte, um Direito Penal **puramente simbólico**.

3 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro - Vol. 1 - Parte Geral*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 82.

Por isso mesmo, o princípio da intervenção mínima serve essencialmente para orientar o legislador na elaboração de novas figuras penais, bem como na **abolição de crimes**. Seu fundamento pode ser encontrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: *a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias (...)* (Art. 8º).



FIQUE LIGADO!

Em decorrência da intervenção mínima, surge o denominado “princípio da subsidiariedade” do Direito Penal, segundo o qual este não deve ser aplicado no caso concreto, quando existe solução jurídica alternativa. Foi adotado em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça.⁴ Fala-se ainda em princípio da máxima restrição das penas e das medidas de segurança como forma de evitar excessos e medidas desnecessárias.

1.2.2 Princípio da fragmentariedade

Esse princípio decorre do princípio da **intervenção mínima**. Segundo o princípio da fragmentariedade, o Direito Penal se caracteriza por seu caráter seletivo, isto é, seu objetivo é **proteger os bens jurídicos** mais **relevantes**, porque nem todos os bens necessitam de proteção específica do Direito Penal. Dito isto, é preciso valorar quais os bens jurídicos devem ser **especialmente** protegidos pela tutela penal.

Esse caráter fragmentário e subsidiário deve orientar a política criminal, corrigindo as distorções evidentes. Exemplo disso é o antigo crime de adultério, somente abolido em 2005, por meio da Lei nº 11.106, ao revogar o Art. 240 do Código Penal. Considerou-se que as transgressões de **fidelidade conjugal** poderiam ser resolvidas no âmbito civil, não se justificando a existência da tutela penal, porque o referido bem jurídico não requereria proteção especial do Direito Penal.

Saliente-se que, antes mesmo da abolição do Art. 240, praticamente já não se aceitava mais a tutela penal nesses casos de adultério, em razão da **natureza fragmentária** do Direito Penal, daí a necessidade da revogação da referida norma penal incriminadora. Não se trata de menosprezar as transgressões à fidelidade conjugal, cujo bem jurídico tutelado é a proteção do caráter monogâmico do matrimônio, mas sim da verificação da **mais absoluta desnecessidade** de especial tutela deste bem no âmbito de proteção especial do Direito Penal.

1.2.3 Princípio da adequação social

Alguns comportamentos, apesar de previstos nos elementos descritivos da norma penal, **perdem força como conduta reprovável** porque passam a estar socialmente adequados. Por isso mesmo, apesar de formalmente típicos, não podem ser considerados materialmente relevantes, porque foram socialmente aceitos, ou mesmo **tolerados**.

⁴ STJ, HC 132.528/MS, 07.06.2010.

