

PRINCÍPIOS PENAIS

Sumário

1. Legalidade.....	3
2. Intervenção Mínima	5
3. Alteridade ou Transcendentalidade	11
4. Lesividade ou Ofensividade	11
5. Adequação Social	12
6. Proporcionalidade	12
7. Direito Penal do Fato (ou Responsabilidade Penal pelo Fato)	12
8. Humanidade ou Humanização das Penas	13
9. Individualização das Penas	13
10. Pessoalidade ou Intranscendência.....	13
11. “Ne Bis in Idem” ou “Non Bis in Idem”	14
12. Culpabilidade.....	14
13. Insignificância.....	16

O. Princípios

- *noção geral*: mandamento nuclear
 - Mello: “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.¹
- *natureza jurídica*: normativa
 - Tavares: “As normas penais são, desse modo, regras, que podem ser também interpretadas de acordo com os princípios constitucionais e daí se tornam aptas a disciplinarem questões mais complexas e, ao mesmo tempo, sofrerem os ajustes necessários na sua aplicação. Os princípios servem de delimitadores das regras. Assim, os princípios não podem ser tratados como meros enunciados, mas como normas integrantes de uma determinada estrutura, no caso, a estrutura jurídica do Estado”.²
 - Tavares: fluidez conceitual na distinção entre regras e princípios: “À medida que um princípio constitucional seja positivado ou se insira na legislação comum pode se transformar em regra, o que demonstra uma certa fluidez de seu conceito e da pretendida diferenciação entre princípios e regras. Essa diferenciação, em última análise, é muito útil como exercício didático, mas está longe de constituir uma pacífica certificação científica da ordem jurídica”.³
 - Tavares: distinção acadêmica entre princípios e postulados: “Assim, pode-se dizer que princípios seriam as normas estruturais do Estado democrático, como a proteção da dignidade humana, que não necessitam de um processo de ajuste, e postulados seriam aquelas normas fundamentais, de atendimento obrigatório, mas que só expressam sentido em face de sua finalidade. No fundo, essa distinção entre princípio e postulado é também acadêmica. Tratar o postulado da legalidade como”⁴ “princípio não afeta sua relevância. Importante é ter em vista que o critério de ponderação só pode ser estendido

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de.. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 53.

² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 02 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 43.

³ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 02 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 45.

⁴ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 02 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 46.

aos princípios, quando há necessidade de ajustá-los ao caso concreto, atendendo à finalidade de solucionar o conflito à luz da proteção da pessoa humana”.⁵

- *listagem*: divergências doutrinárias.⁶

- Hilgendorf e Valerius: “princípios fundamentais do direito penal”: legalidade, culpabilidade, dúvida (*in dubio pro reo*), *ultima ratio* e direito penal do fato.⁷

- Bitencourt: legalidade e reserva legal, intervenção mínima, irretroatividade da lei penal, adequação social, insignificância, ofensividade, culpabilidade, proporcionalidade e humanidade.⁸

- Busato: legalidade, intervenção mínima e culpabilidade.⁹

- Zaffaroni e Batista: “limites derivados da função política”: a) legalidade; b) “limitadores que excluem violações ou disfuncionalidades grosseiras com os direitos humanos” (lesividade, proporcionalidade mínima, intranscendência ou transcendência mínima, humanidade, proibição de dupla punição, boa fé e *pro homine*); c) “limitadores da criminalização que emergem diretamente do estado de direito” (proscrição da grosseira inidoneidade do poder punitivo, proscrição da grosseira inidoneidade da criminalização, limitação máxima da resposta contingente, superioridade ética do estado, saneamento genealógico e culpabilidade).¹⁰

1. Legalidade

- *importância nuclear*: principal limite ao poder punitivo.

- Muñoz Conde: “O princípio da legalidade é o principal limite imposto pelas exigências do Estado de Direito ao exercício da potestade punitiva e inclui uma série de garantias para os cidadãos que genericamente podem ser resumidas à

⁵ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 02 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 47.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48-69; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 01 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27-100; HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Trad. Orlandino Gleizer. 01 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 39-46; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 193-249.

⁷ HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Trad. Orlandino Gleizer. 01 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 39-46.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48-69

⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 01 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27-100.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 193-249.

impossibilidade de que o Estado intervenha penalmente para além do que a lei lhe permite” (tradução livre).¹¹

- Hilgendorf e Valerius: “O princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*: ‘não há crime nem pena sem lei’) deve ser visto como o princípio central do direito penal”.¹²
- *formulação inicial (Feuerbach)*: “nulla poena sine lege”, “nulla poena sine crimine” e “nullum crimen sine poena legali”.¹³
- *formulação sintética*: “nullum crimem nulla poena sine lege”.
- *referência histórica*: art. 39 da “Magna Charta Libertatum” de 1215.¹⁴
- *previsão legal*: art. 5º, XXXIX, CF e art. 1º do CP
 - CF: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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”.
 - CP Alemão: “§1 StGB - Não há pena sem lei. Uma conduta só pode ser punida quando sua penalização estiver prevista em lei antes de a conduta ser praticada (tradução livre).¹⁵
- *noção geral*:
 - Zaffaroni e Batista: do ponto de vista formal: “a única fonte produtora de lei penal no sistema brasileiro são os órgãos constitucionalmente habilitados e a única lei penal é a formalmente dele emanada”.¹⁶

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general*. 08 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 99. No original: “El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley”.

¹² HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Trad. Orlandino Gleizer. 01 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 40.

¹³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Geltenden Peinlichen Rechts*. Gießen: Georg Friedrich Heyer, 1801, § 24, p. 20; FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1832, § 20, p. 19; FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal: común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, § 20, p. 63.

¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. 03 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, 1958, p. 98.

¹⁵ Gesetze im Internet. Bundesministerium der Justiz und das Bundesamt für Justiz. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>>. Acesso em: 16.09.2024. No original: “StGB: § 1 Keine Strafe ohne Gesetz. Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 203.

- *legalidade ampla* (art. 5º, II, da CF) X *legalidade (estrita) penal* (art. 5º, XXXIX, da CF): diferentes âmbitos de aplicação e níveis de legalidade
- *dimensões*: garantia política¹⁷ e garantia jurídica
- *decorrências ou desdobramentos: subprincípios da legalidade*: a) lei escrita / “*lege scripta*” (vedação à incriminação pelo costume); b) lei estrita / “*lege stricta*” (vedação à analogia “*in malam partem*”); c) lei prévia / “*lege praevia*” (eficácia temporal); d) lei certa / “*lege certa*” (taxatividade ou mandato de certeza).

2. Intervenção Mínima

- *noção geral*
 - Muñoz Conde: “O poder punitivo do Estado deve ser regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isso, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes” (tradução livre).¹⁸
- *ultima ratio*
 - Wessels: ética social, *ultima ratio* e política criminal: “No âmbito da *ética social* (que deve ser diferenciada da ética individual) tombam-se aqueles deveres cujo cumprimento é indispensável para uma proveitosa vida humana coletiva. As proibições e determinações do Direito Penal são igualmente aquelas da ética social, mas nem todas as normas de conduta da ética social são sancionadas penalmente e constituem parte da ordem jurídico-penal. As disposições penais, como ‘*ultima ratio*’, só se justificam onde meios menos incisivos (como os do Direito Civil ou do Direito Público) não bastem ao interesse de uma eficiente proteção aos bens jurídicos. Assim, especialmente no campo sexual, comportamentos imorais ou contrários à ética social não podem ser ameaçados com pena criminal apenas por serem imorais (por exemplo: práticas sexuais com animais), devendo o legislador, mais do que isso, investigar cuidadosamente se, e até onde, a decretação de disposições penais é necessária,”¹⁹ “em virtude do efeito socialmente danoso da conduta, e adequada como medida protetiva (...). Aqui, em todo o caso, a busca no sentido de uma medida jurídica, dentro de uma sensível *limitação do poder de*

¹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito...*, p. 98.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general*. 08 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 99. No original: “El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”.

¹⁹ WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral: aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 04.

punir do Estado, é tarefa de uma *Política Criminal* ponderada e consciente de responsabilidade (...).²⁰

- *natureza jurídica*: princípio político-criminal e princípio constitucional imanente
 - Batista: “O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático”.²¹
 - *justificação*: efeitos gravosos e deletérios, principalmente quanto ao sujeito criminalizado.²²
 - Zaffaroni e Pierangelli: “Ante a constatação de que em toda sociedade existe o fenômeno dual ‘hegemonia-marginalização’, e que o sistema penal tende, geralmente, a torná-lo mais agudo, impõe-se buscar uma aplicação das soluções punitivas da maneira mais limitada possível. Igualmente, a constatação de que a solução punitiva sempre importa num grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação do seu uso, impõe-se, na hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade. Esta linha de limitação da intervenção punitiva e redução da irracionalidade (ou violência) da mesma, é o que se denomina princípio da intervenção mínima”.²³
 - *importância (sobretudo) na América Latina*: injusto jushumanista como argumento de reforço em favor da mínima intervenção penal.²⁴
 - Zaffaroni e Pierangelli: “No nosso contexto latino-americano, apresenta-se um argumento de reforço em favor da mínima intervenção do sistema penal. Toda a América está sofrendo as consequências de uma agressão aos Direitos Humanos (que chamamos de injusto jushumanista), que afeta o nosso direito ao desenvolvimento (...).²⁵ “Este injusto jushumanista de violação do nosso

²⁰ WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral: aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 05.

²¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 08 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 08 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 08 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 74-75.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 08 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

direito ao desenvolvimento não pode ser obstaculizado, uma vez que pertence à distribuição planetária do poder. Todavia, faz-se necessário que se resguarde de seus efeitos, que se traduzem num aumento das contradições e da violência social interna que, vista em perspectiva, nos levaria a genocídios internos e à destruição do sistema produtivo, submetendo-nos a um subdesenvolvimento ainda pior, como decorrência de uma violência incontável. Se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já produz o injusto jushumanista a que continuamente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio. A clara conclusão disto é que o sistema penal deve corresponder ao princípio da intervenção mínima na América Latina, não somente pelas razões que se apresentam como válidas nos países centrais, mas também em face de nossa característica de países periféricos, que sofremos efeitos do injusto jushumanista de violação do direito ao desenvolvimento”.²⁶

- *garantias*: a) fragmentariedade (quanto à tutela de bens jurídicos); b) subsidiariedade (quanto aos demais ramos do direito).

- STF: “O Direito Penal, regido pelo princípio da intervenção mínima, deve ocupar-se da proteção dos bens jurídicos mais valiosos e necessários à vida em sociedade, intervindo somente quando os demais ramos do direito não forem capazes de fazê-lo. É utilizado, portanto, como *ultima ratio*”.²⁷

- Regis Prado: “O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*”.²⁸ “Já pelo postulado de fragmentariedade, corolário do primeiro, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 08 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 75.

²⁷ STF - Segunda Turma - RHC 190.315/PR - Rel. Min. Edson Fachin - j. em 15.12.2020 - DJe 033 de 22.02.2021.

²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 03 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

socialmente intoleráveis. (...) Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.²⁹

- Toledo: “A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens”³⁰ “jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso. Fica, pois, esclarecido o caráter limitado do direito penal, sob duplo aspecto: primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial. Pode-se elucidar o que foi dito com alguns exemplos, a saber: a) numa sociedade em que o casamento perdeu o caráter de vínculo jurídico indissolúvel, com a instituição do divórcio, não há razão para manter-se a tipificação do crime de adultério (CP, art. 240), embora se reconheça ser esse fato moralmente condenável; b) em certos crimes contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça por agente não-perigoso, a efetiva reparação do dano deveria ser causa extintiva da punibilidade; c) certas ações, que causem danos desprezíveis, mesmo potencialmente, ao bem jurídico tutelado, devem considerar-se desde logo, em uma concepção material do tipo, não abrangidas pelo tipo legal de crime (princípio da insignificância). E assim por diante”.³¹

- *sistema descontínuo de ilicitudes e fragmentariedade penal*

- Novoa Monreal: “O direito penal não compreende todos os fatos contrários ao Direito. Tampouco versa sobre um determinado gênero de ilícito, diverso em essência do ilícito que possa surgir das violações de outros aspectos do Direito. Como já se explicou (...), o legislador penal escolhe, entre as infrações às normas estabelecidas por outros ramos do Direito, aquelas que afetam bens jurídicos vitais, erige-as em delitos e lhes atribui uma pena. Mas o critério com que se procede a essa discriminação é empírico e não está sujeito a uma regra

²⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 03 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

³⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 05 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 13.

³¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 05 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

científica predeterminada, de modo que os delitos resultam selecionados de forma dispersa, dentre as mais graves violações de normas correspondentes a todos os demais ramos do Direito. Não se produz, portanto, um ilícito penal que seja um campo contínuo abrangente de todos os fatos puníveis e suscetível de ser parcelado nos distintos delitos; mas se apresenta como um verdadeiro arquipélago de fatos puníveis, constituído por uma multidão de ilhas – representativas desses fatos –, cada uma das quais está separada das demais por um espaço correspondente a fatos não puníveis. Aproveitando a mesma metáfora do arquipélago, poderíamos dizer que os relevos do leito do mar poderiam equiparar-se aos variados fatos antijurídicos, os quais variam em gravidade e consequências, assim como variam em altura as formações desse relevo. Mas quando a altura – isto é, a gravidade social – de um relevo é tal que sobressai do nível do mar – limite abaixo do qual o legislador considera desnecessária uma sanção penal – e, surgindo sobre ele, passa a constituir uma ilha, já temos nessa ilha um delito. E assim como as ilhas têm maior ou menor altura sobre o nível do mar, também os delitos apresentam maior ou menor gravidade. Por isso se diz que o Direito Penal é fragmentário, já que seu objeto não cobre a plenitude de um âmbito, mas ocupa pontos bem delimitados uns dos outros, com soluções de continuidade entre eles, que ficam à margem de seus preceitos. Concebemo-lo, portanto, como um sistema descontínuo de ilicitudes. Mas é preciso sublinhar que essa fragmentação somente vale e tem sentido com referência aos fatos estabelecidos como puníveis (delitos da Parte Especial), e que carece de significado e valor se nos referirmos aos princípios gerais que fornecem as regras relativas à lei penal, ao conceito jurídico de delito e às demais matérias próprias da Parte Geral deste estudo (tradução livre).³²

³² NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno: parte general*. t. I. 03 ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2005, p. 29. No original: “El derecho penal no comprende todos los hechos contrarios al Derecho. Tampoco versa sobre un determinado género de lo ilícito, diverso en esencia del ilícito que pueda surgir de las violaciones de otros aspectos del Derecho. Como ya se explicó (...), el legislador penal escoge entre los quebrantamientos de las normas establecidas por otras ramas del Derecho, aquellos que afectan a bienes jurídicos vitales, los erige en delitos y les asigna una pena. Pero el criterio con que se procede a esta discriminación es empírico y no está sujeto a una regla científica predeterminada, de manera que los delitos resultan entresacados salpicadamente de entre los más graves quebrantamientos de normas correspondientes a todas las restantes ramas del Derecho. No se produce, pues, un ilícito penal que sea un campo continuo comprensivo de todos los hechos punibles y susceptibles de ser parcelado en los distintos delitos, sino que se presenta como un verdadero archipiélago de hechos punibles, constituido por multitud de islas - representativa de los hechos punibles -, cada una de las cuales está separada de las otras por un espacio que corresponde a hechos no punibles. Aprovechando el mismo símil del archipiélago, pudiéramos decir que los relieves del lecho del mar podrían equipararse a los variados hechos antijurídicos, los cuales varían en gravedad y consecuencias, según varían en altura las conformaciones de ese relieve. Pero cuando la altura - esto es, la gravedad social - de un relieve es tal que sobresale del nivel del mar – límite bajo el cual el

- *reconhecimento supremo nos crimes contra a ordem tributária.*

“8. A preponderância conferida pelo legislador à política arrecadatória, em relação à incidência das sanções penais, guarda conformidade e harmonia com os princípios da intervenção mínima (ou da subsidiariedade) e da fragmentariedade (ou essencialidade), que informam o direito penal. Tais princípios constituem expressão do postulado constitucional da proporcionalidade, que extrai seu fundamento constitucional do devido processo legal em sua acepção substantiva (CF, art. 5º, LIV). 9. A sanção penal deve ser a ultima ratio para a proteção do bem jurídico tutelado pelas normas instituidoras dos crimes contra a ordem tributária abrangidos pelas medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 11.941/2009. Desse modo, a incidência da pena se justificará quando as normas tributárias que disciplinam a fiscalização e a arrecadação dos tributos – aí incluídas as reguladoras do parcelamento conducente à extinção do crédito tributário – se revelarem insuficientes para a proteção do bem jurídico tutelado pelas normas penais. 10. Os arts. 67 e 69 da Lei n. 11.941/2009 e o art. 9º da Lei n. 10.684/2003 não contrariam o art. 5º, caput, da Constituição de 1988, tendo em vista que as medidas de suspensão e de extinção da punibilidade prestigiam a liberdade, a propriedade e a livre iniciativa ao deixarem as sanções penais pela prática dos delitos contra a ordem tributária como ultima ratio, em conformidade com o postulado da proporcionalidade e da intervenção mínima do direito penal. 11. A suspensão da pretensão punitiva e do prazo da prescrição penal, decorrente do parcelamento dos débitos tributários, e a extinção da punibilidade, ante o pagamento integral desses mesmos débitos, mostram-se providências adequadas à proteção do bem jurídico tutelado pelas normas penais incriminadoras, porquanto estimulam e perseguem a reparação do dano causado ao erário em virtude da sonegação. Essas medidas afastam o excesso caracterizado pela restrição ao direito fundamental à liberdade, derivado da imposição da sanção penal, quando os débitos estiverem sendo regularmente pagos ou já tenham sido integralmente

legislador estima innecesaria una sanción penal - y surgiendo sobre él pasa a constituir una isla, tenemos ya en esa isla un delito. Y así como las islas tienen mayor o menor altura sobre el nivel del mar, así también delitos los hay de mayor o menor gravedad. Por esto se dice que el Derecho Penal es fragmentario, ya que su objeto no cubre la plenitud de un ámbito, sino que ocupa puntos bien delimitados unos de otros, con soluciones de continuidad entre ellos, que quedan al margen de sus preceptos. Los concebimos, por ende, como un sistema discontinuo de ilicitudes. Pero es preciso subrayar que esa fragmentación sólo vale y tiene sentido por lo que se refiere a los hechos que se establecen como punibles (delitos de la Parte Especial), y que ella carece de significado y valor si nos referimos a los principios generales que proporcionan las reglas relativas a la ley penal, al concepto jurídico de delito y a las demás materias propias de la Parte General de este estudio”

quitados, o que revela, nesse caso, a suficiência das normas tributárias para a proteção do patrimônio público. 12. As medidas versadas nas normas questionadas se afiguram suficientes para a tutela do bem jurídico em análise, diante da previsão, pelo legislador, do sobrestamento da pretensão punitiva na esfera penal e do prazo prescricional para que o Estado a exerça. Rescindido o parcelamento tributário em razão do inadimplemento, caso subsista a lesão ao erário, a persecução penal se restabelecerá, podendo resultar na imposição de sanção privativa da liberdade ao autor do crime”.³³

3. Alteridade ou Transcendentalidade

- *noção geral*: a (devida) intervenção penal requer exteriorização de conduta humana voluntária com afetação de bem jurídico alheio.
- *efeitos*: vedada a incriminação em face de simples atitudes internas, meros pensamentos, estilos de vida ou mesmo ofensa própria.

4. Lesividade ou Ofensividade

- *noção geral*: a (devida) intervenção penal requer lesão ou exposição a perigo de lesão do bem jurídico tutelado pela norma; só há criminalização regular diante da ofensa ou perigo de ofensa a bem jurídico (alheio e relevante constitucionalmente).³⁴
- *relação com modelo estatal democrático e social de direito*:
 - D'Ávila: “(...) o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos em sua vertente principiológica, o denominado Princípio da Ofensividade é, antes de qualquer coisa, uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito”.³⁵
- *planos de aplicação*: legislativo (critério orientador) e hermenêutico-aplicativo (critério de validade e delimitação).³⁶
- *efeitos*: ausência de lesividade em virtude de mera posição existencial ou estado humano, diante de simples atividade mental não exteriorizada e em face de conduta humana que não alcança bem jurídico alheio.

³³ STF - Tribunal Pleno - ADI 4.273/DF - Rel. Min. Nunes Marques - j. em 15.08.2023 - DJe de 31.08.2023.

³⁴ D'ÁVILA, Fabio Roberto. Desafios do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico no Direito Penal Contemporâneo. *Revista Científica do ISCTAC*, v. 1, n. 1, p. 05-25, set. 2014, p. 17.

³⁵ D'ÁVILA, Fabio Roberto. Desafios do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico no Direito Penal Contemporâneo. *Revista Científica do ISCTAC*, v. 1, n. 1, p. 05-25, set. 2014, p. 11.

³⁶ D'ÁVILA, Fabio Roberto. Desafios do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico no Direito Penal Contemporâneo. *Revista Científica do ISCTAC*, v. 1, n. 1, p. 05-25, set. 2014, p. 16.

- *decorrências práticas: exemplos:* a) necessidade de (re)leitura dos crimes de perigo abstrato; b) não punibilidade de atos meramente preparatórios; c) não punibilidade da autolesão.³⁷

5. Adequação Social

- *noção geral:* ausência de justificação penal em face de conduta socialmente adequada (ou aceita).

6. Proporcionalidade

- *noção geral:* vedação ao excesso incriminatório e/ou punitivo.

- *âmbitos:* a) proporcionalidade intratipo: a.1.) preceito primário X preceito secundário (relação conduta/pena); a.2.) preceito individualmente considerado (ex.: margem temporal sancionadora); b) proporcionalidade extratipo ou intertipo (aferição de bens jurídicos, níveis de lesividade e elementos subjetivos na comparação entre dois ou mais tipos penais incriminadores).

7. Direito Penal do Fato (ou Responsabilidade Penal pelo Fato)

- *direito penal do fato X direito penal do autor:* responsabilidade penal vinculada ao fato praticado ou omitido (“pelo que fez ou deixou de fazer”), e não pelo sujeito individualmente considerado (“por quem é ou deixa de ser”).

- Roxin e Greco: “Entende-se por Direito Penal do Fato um sistema de regras legais segundo o qual a punibilidade se refere a uma específica conduta descrita em um tipo (ou, em todo caso, a várias delas) e a sanção é apenas uma resposta ao ato individual, e não à condução de vida do infrator ou aos perigos que dele se esperam para o futuro. Em contraposição, denomina-se Direito Penal do Autor o Direito Penal que vincula a pena à personalidade do autor e gradua a pena segundo a medida de antissocialidade”.³⁸

- *relação com os modelos estatais:* direito penal do fato (estado de direito) X direito penal do autor (estado autoritário).

- Roxin e Greco: “(...) uma ordem jurídica baseada em princípios liberais do Estado de Direito tenderá sempre a um Direito Penal do Fato”.³⁹

³⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. Desafios do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico no Direito Penal Contemporâneo. *Revista Científica do ISCTAC*, v. 1, n. 1, p. 05-25, set. 2014, p. 17-22.

³⁸ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: parte geral*. t. I. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 368.

³⁹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: parte geral*. t. I. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 368.

8. Humanidade ou Humanização das Penas

- *introdução*: princípio iluminista.
 - Paganella Boschi: “o princípio da humanidade das penas é iluminista, contratualista, moderno. Ele equivale a um divisor de águas entre opressão e libertação, entre barbárie e modernidade, na medida em que, em nome dele, se considera o homem em primeiro lugar e desconsidera-se tudo aquilo que afronta sua dignidade e ‘humanidade’”.⁴⁰
- *previsão constitucional*: art. 5º, XLIX, da CF.
 - CF: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.
- *tratamento legal*: art. 3º da LEP (Lei n.º 7.210/84)
 - LEP: “Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.
- *momentos de aplicação*: antes do processo (art. 5º, LXI, LXII, LXIII e LXIV, da CF), durante o processo (art. 5º, LIII, LIV, LV, LVI e LVII, da CF) e na execução da pena (art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX e L, da CF).⁴¹

9. Individualização das Penas

- *previsão constitucional*: art. 5º, XLVI, da CF.
 - CF: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVI - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.
- *planos*: a) legislativo; b) judicial; c) executivo.

10. Pessoaalidade ou Intranscendência

- *previsão constitucional*: art. 5º, XLV, da CF.

⁴⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 40.

⁴¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

- CF: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLV - 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”.

11. “Ne Bis in Idem” ou “Non Bis in Idem”

- *noção geral*: vedação à dupla punição criminal pelo mesmo fato;
- *controvérsia*: sobreposição de instâncias de responsabilidade.

12. Culpabilidade

- *noção geral*:
 - “(...) a responsabilidade deve ser sempre pessoal e subjetiva, estar relacionada à prática de um fato e respeitar a presunção de inocência do agente infrator”.⁴²
- *primeira garantia decorrente*: intranscendência da pena: responsabilidade pessoal
 - Martinelli e Schmitt de Bem: “A primeira garantia do princípio de culpabilidade diz respeito à intranscendência da pena, ou seja, a responsabilidade penal não poderá ultrapassar a pessoa do autor do crime”.⁴³
- *segunda garantia decorrente*: necessidade de comprovação de dolo ou culpa: responsabilidade subjetiva
 - Martinelli e Schmitt de Bem: “O princípio de culpabilidade deve ser entendido, igualmente, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade objetiva, porque se deve provar que o resultado derivou de uma conduta dolosa ou culposa do agente, ou seja, não basta apenas o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o resultado”.⁴⁴
 - STJ: vedação à responsabilidade penal objetiva: “Para a configuração do crime de perigo abstrato previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.176/1991, é

⁴² BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Direito Penal: parte geral: lições fundamentais*. 06 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 309.

⁴³ BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Direito Penal: parte geral: lições fundamentais*. 06 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 309.

⁴⁴ BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Direito Penal: parte geral: lições fundamentais*. 06 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 310.

imprescindível a comprovação do dolo, sendo vedada a responsabilização penal objetiva”.⁴⁵

- STJ: vedação à responsabilidade penal objetiva: “1. Denúncia oferecida pelo Ministério Público imputando ao agravante, sócio gestor de posto de combustíveis, a prática de crime contra a ordem econômica, consistente na comercialização de combustíveis em quantidade inferior à indicada na bomba medidora, nos termos do art. 1º, inciso I, da Lei 8.176/1991. 2. A controvérsia centra-se na necessidade de comprovação do dolo para a caracterização do crime de perigo abstrato previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.176/1991, e na análise da compatibilidade de uma condenação fundada em responsabilidade penal objetiva com os princípios da presunção de inocência e da intervenção mínima do Direito Penal. 3. Nos crimes de perigo abstrato, a presunção de risco não dispensa a comprovação de dolo específico, não sendo possível a responsabilização penal objetiva. 4. A ausência de dolo, demonstrada pela falta de provas de que o acusado tinha intenção deliberada de lesar o consumidor, impede a subsunção da conduta ao tipo penal descrito no art. 1º, inciso I, da Lei 8.176/1991. 5. A condenação imposta pelo tribunal de origem, fundada apenas na violação da norma sem a devida comprovação do dolo, é incompatível com os princípios fundamentais do Direito Penal, notadamente a presunção de inocência e a necessidade de intervenção mínima. 6. Tese fixada: Para a configuração do crime de perigo abstrato previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.176/1991, é imprescindível a comprovação do dolo, sendo vedada a responsabilização penal objetiva”.⁴⁶

- *terceira garantia decorrente*: direito penal do fato (e não do autor): responsabilidade pelo fato (ex.: criminalização pelo estilo de vida – vadiagem - art. 59 da LCP)

- Martinelli e Schmitt de Bem: “O agente deve ser incriminado pelas condutas praticadas e não por sua pessoa, de sorte que se valoriza um direito penal de fato e não um direito penal de autor”.⁴⁷

- *quarta garantia decorrente*: limitação processual penal: presunção de inocência

- CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória” (art. 5º, LVII, da CF).

⁴⁵ STJ - Quinta Turma - AgRg no AREsp 2.349.885/BA - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - j. em 03.09.2024 - DJe de 10.09.2024.

⁴⁶ STJ - Quinta Turma - AgRg no AREsp 2.349.885/BA - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - j. em 03.09.2024 - DJe de 10.09.2024.

⁴⁷ BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Direito Penal: parte geral: lições fundamentais*. 06 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 311.

13. Insignificância

- *noção geral*

- Toledo: “Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção ao bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas”.⁴⁸

⁴⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 05 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.