

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

• TÓPICOS DE •  
*direito*  
PENAL  
*parte geral*



editora  
D'PLÁCIDO



• TÓPICOS DE •  
*direito*  
PENAL  
*parte geral*



TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

• TÓPICOS DE •  
*direito*  
PENAL  
*parte geral*



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2017, Teodomiro Noronha Cardozo.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa, projeto gráfico**  
*Letícia Robini*

**Diagramação**  
*Bárbara Rodrigues da Silva*

**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 31 3261 2801  
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.  
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,  
por quaisquer meios, sem a autorização prévia  
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

CARDOZO, Teodomiro Noronha

Tópicos de Direito Penal: Parte Geral -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido,  
2017.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-562-7

1. Direito. 2. Direito Penal. I. Título. II. Autor

CDU343

CDD341.5

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



A Deus.

À minha família, em especial à minha esposa,  
Vera Lucia Teles Cardozo, e aos meus filhos,  
Tatiana Teles Cardozo e Thiago Teles Cardozo, pelo  
apoio e paciência ao longo da elaboração deste livro.

Aos meus sobrinhos, Rodrigo Teles de Oliveira e  
Lincoln Régis de Oliveira Júnior, que me auxiliaram  
na revisão da presente obra.





# Sumário

---

<b>Prefácio</b>	<b>13</b>
<hr/>	
<b>1. Princípios do Direito Penal</b>	<b>17</b>
<hr/>	
1.1. Princípio da legalidade ou da reserva legal.....	17
1.1.1. Origem do princípio da legalidade.....	17
1.1.2. O princípio da legalidade como princípio político.....	18
1.1.3. O princípio da reserva legal: nullum crimen, nulla poena sine lege praevia.....	21
1.1.4. O princípio da reserva legal: nullum crimen, nulla poena sine lege scripta.....	22
1.1.5. O princípio da reserva legal: nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.....	23
1.1.6. O princípio da reserva legal: nullum crimen, nulla poena sine lege certa.....	25
<b>2. A norma penal</b>	<b>27</b>
<hr/>	
2.1. Conceito de norma penal.....	27
2.2. Estrutura da norma penal.....	27
2.3. Normas penais incriminadoras e não incriminadoras.....	28
2.4. A norma penal em branco.....	28
2.4.1. Distinção das normas penais em branco.....	29

### **3. Lei penal no tempo** **31**

---

3.1. Critérios para solução de conflitos entre a lei penal no tempo no Brasil.....	31
3.2. Leis excepcionais ou temporárias.....	35
3.3. Retroatividade do complemento de leis penais em branco.....	37
3.4. Retroatividade e lei processual.....	38

### **4. Lei penal no espaço** **39**

---

4.1. A aplicação da lei penal no espaço.....	39
4.2. Extensão da territorialidade.....	40
4.3. Lugar do crime.....	40
4.4. Hipóteses de extraterritorialidade incondicionada.....	41
4.5. Hipóteses de extraterritorialidade condicionada.....	42
4.6. Conceito de território.....	44
4.6.1. Delimitação do território nacional.....	44
4.7. Mar territorial, zona contígua, zona econômica e plataforma continental.....	45
4.8. Passagem inocente decorrente do princípio da territorialidade temperada.....	46

### **5. Lei penal em relação às pessoas** **47**

---

5.1. Imunidade diplomática.....	47
5.2. Natureza jurídica do instituto da imunidade.....	48
5.3. Imunidade parlamentar.....	48
5.3.1. Espécies de imunidade parlamentar.....	48
5.4. Presidência da República.....	50
5.4.1. Imunidade temporária do Presidente da República – STF (Inquérito nº 1.418-9, DJU 08//11/2001, rel. Min. Celso de Mello).....	50
5.5. Renúncia do parlamentar para não se submeter a julgamento pelo STF.....	51

5.5.1. Ação penal 333-PB/STF .....	51
5.5.2. Ação penal 536-MG/STF.....	51
5.5.3. Ação penal 606-MG/STF.....	51
5.5.4. Ação penal 396-RO/STF.....	52
5.6. Dos vereadores.....	52
<b>6. A dogmática jurídico-penal</b> .....	<b>53</b>
6.1. A crise do sistema penal.....	54
6.2. O controle de seleção ao sistema penal.....	58
<b>7. Bem jurídico</b> .....	<b>61</b>
7.1. Historicidade do bem jurídico.....	61
7.2. A escola de Marburgo.....	63
7.3. A escola de Baden.....	64
<b>8. A conduta humana na teoria do crime</b> .....	<b>65</b>
8.1. Introdução.....	65
8.2. O modelo clássico da ação: Liszt/Beling.....	66
8.3. O modelo neoclássico da ação.....	68
8.4. O modelo finalista da ação.....	70
<b>9. Teorias da ação</b> .....	<b>73</b>
9.1. Teoria causalista (ou naturalista) da ação.....	73
9.2. Teoria neoclássica ou neokantismo.....	74
9.2.1. Características.....	74
9.3. Teoria finalista da ação.....	74
9.4. Teoria social da ação.....	76
<b>10. Nexo de causalidade</b> .....	<b>79</b>
10.1. Conceito.....	79
10.1.1. Teoria da equivalência das condições (conditio sine qua non).....	80

10.1.2. Teoria da causalidade adequada.....	82
10.1.3. Posição do direito penal brasileiro.....	83
10.2. A Causalidade nos crimes culposos.....	86
<b>11. Teoria do tipo penal</b>	<b>89</b>
<b>12. Do desvalor da ação e do resultado na teoria do crime</b>	<b>95</b>
12.1. Desvalor da ação e desvalor do resultado.....	95
12.2. O desvalor da ação e do resultado nos crimes culposos.....	96
<b>13. Tipicidade</b>	<b>99</b>
13.1. Teorias da Tipicidade.....	99
13.1.1. Teoria da coordenação.....	99
13.1.2. Teoria da ratio cognoscendi.....	100
13.1.3. Teoria da ratio essendi.....	100
<b>14. Antijuridicidade</b>	<b>101</b>
14.1. Diferença entre licitude e ilicitude.....	102
14.2. Definição da antijuridicidade.....	103
14.3. A antijuridicidade como essência do crime.....	104
14.4. Antijuridicidade formal e material.....	107
14.5. Antijuridicidade objetiva e subjetiva.....	109
<b>15. Culpabilidade e livre-arbítrio</b>	<b>111</b>
15.1. Aspecto antropológico.....	116
15.2. Aspecto caracteriológico.....	118
15.3. Aspecto categorial.....	119
<b>16. O erro na teoria do crime</b>	<b>121</b>
16.1. Erro.....	121
16.2. O erro no direito penal brasileiro.....	122

16.2.1. Erro de tipo (art. 20 do CPB).....	122
16.3. Erro nas discriminantes putativas.....	126
16.4. Erro mandamental .....	126
16.5. Erro de proibição.....	127
16.5.1. Erro de proibição direto.....	127
16.5.2. Erro de proibição indireto nas discriminantes putativas e as teorias extremada (estrita) e limitada da culpabilidade.....	128
<b>17. Tentativa</b>	<b>131</b>
<hr/>	
17.1. Histórico da tentativa.....	131
17.2. Iter criminis.....	133
17.3. Requisitos da tentativa.....	138
17.4. Punibilidade da tentativa.....	140
<b>18. Desistência voluntária e arrependimento eficaz</b>	<b>145</b>
<hr/>	
18.1. Arrependimento posterior.....	147
18.2. Crime impossível.....	147
<b>19. Concurso de pessoas no direito penal</b>	<b>149</b>
<hr/>	
19.1. Nomenclatura.....	150
19.2. Teorias sobre o concurso de pessoas.....	151
19.3. Requisitos para o concurso de pessoas.....	152
19.4. A punibilidade de agentes nos crimes complexos.....	153
19.5. Autoria e participação e suas teorias.....	154
19.6. Outras formas de autoria.....	157
<b>20. Concurso de crimes</b>	<b>159</b>
<hr/>	
<b>21. Teorias da pena</b>	<b>163</b>
<hr/>	

21.1. As teorias absolutas.....	163
21.2. As teorias relativas.....	165
21.2.1. A prevenção geral negativa (Feuerbach).....	165
21.2.2. Prevenção geral positiva (Welzel e Jakabs).....	166
21.2.3. A prevenção especial (Franz von Liszt).....	167
21.3. As teorias mistas (ou ecléticas).....	168
<b>22. Prescrição</b>	<b>169</b>
22.1. Noções gerais.....	169
22.2. Conceitos.....	170
22.3. Natureza jurídica.....	170
22.4. Espécies de prescrição.....	170
22.4.1. Prescrição da pretensão punitiva abstrata.....	171
22.4.2. Prescrição da pretensão punitiva retroativa.....	172
22.4.3. Prescrição por antecipação.....	173
22.4.4. Prescrição da pretensão punitiva intercorrente (ou subsequente).....	174
22.4.5. Prescrição da pretensão executória.....	174
22.5. Termo inicial da prescrição.....	176
22.6. Diferença entre suspensão e interrupção.....	176
22.7. Causas de suspensão da prescrição.....	177
22.8. Causas de interrupção do prazo prescricional (art. 117 do CP).....	177
22.9. Prescrição da pena de multa.....	178
22.10. Medidas de segurança e prescrição.....	178
<b>Referências</b>	<b>179</b>
<b>Sobre o autor</b>	<b>187</b>

# Prefácio

---

A falta de sintonia muitas vezes existente entre a teoria e a prática, não raramente, leva a grandes consequências, como a frustração aos mais estudiosos do Direito, sobretudo pela incoerência entre esses dois lados que deveriam compor as faces da mesma moeda, a partir de uma concepção de uma como sendo a continuação da outra, de forma em que, ambas, em conjunto, possibilitariam a plena fruição da norma e a concretização da justiça.

Entretanto, o que se verifica na atualidade é uma verdadeira desconexão entre a prática jurídica e a dogmática do Direito, de maneira que, enquanto uma se apresenta como a forma idealizadora do Direito, denotando-se o seu Dever-Ser, a outra, em sua realidade, comporta-se como a forma mais tenebrosa como o Direito pode se fazer presente na sociedade. Este descompasso, entre a ciência do Direito e a prática forense, o choque entre o Ser e o Dever-Ser, em especial na área criminal, acaba propiciando o surgimento do discurso da conveniência, elaborado por intermédio de um discurso jurídico incipiente e com fundamento no pré-julgamento do juiz que, por meio de seus valores e convicções, não raramente, decide primeiro o fato, com base nessa convicção, para só então buscar o fundamento jurídico que melhor se adequa à sua decisão.

Nesta seara que aparece o juiz e professor Dr. Teodomiro Noronha Cardozo, autor da presente obra, que,

compreendendo, assim como afirma Bárbara Freitag<sup>1</sup>, que a temperança é o melhor caminho entre dois extremos, consegue, como poucos na atualidade, conciliar o conhecimento científico do direito penal com a sua prática. Isto só se torna possível, pelo fato de o autor se fundamentar, substancialmente, nos estudos das bases do direito penal, sem a adoção de qualquer discurso político para isso. Desta maneira, o autor, consegue aliar com maestria a análise da construção do pensamento histórico-jurídico do direito penal com a sua realidade.

Assim, como professor, Dr. Teodomiro, por meio de suas aulas, além de conseguir mostrar aos seus alunos as bases epistemológicas dos institutos do direito penal, possibilita a evidenciação do conhecimento sobre como essas bases se realizam na prática, conciliando os discursos históricos que fundamentaram o surgimento de cada instituto com a realidade jurídica brasileira.

Na presente obra, o que se pode observar, portanto, é um autor livre de qualquer discurso político que, com amplo domínio na historicidade dos institutos do direito criminal, consegue deixar claro como essas discussões históricas têm implicações práticas. Ou seja, a leitura desta obra, mais do que evidenciar o atual panorama dos institutos penais, apontará, por meio de um estudo histórico da formação dogmática da ciência criminal, os caminhos pelos quais o direito penal percorreu até chegar à forma como se apresenta na atualidade, o que acaba por facilitar a formação de um real conhecimento acerca das bases de cada instituto abordado nesta obra.

Este livro, portanto, por ser a expressão do seu autor, acaba por mostrar um juiz que, conhecendo o seu papel perante a sociedade e do risco do desenvolvimento de

---

<sup>1</sup> FREITAG, Bárbara. **Itinerários de antígona**: a questão da moralidade. 4. ed. Campinas: Papirus, 1992, pp. 23-24.



um discurso de conveniência, que já é uma realidade cada vez maior nos judiciários brasileiros, consegue levar aos seus alunos um olhar fundamentado nas bases do direito penal, sob uma ótica crítica e ponderada dos institutos que compõem este ramo do Direito, visando, sobretudo, conscientizar os seus alunos da fundamental importância do papel que cada um exercerá perante a sociedade como um verdadeiro profissional do Direito.

Com anos de experiência na magistratura, sobretudo na área criminal, e na academia, lecionando em diversas instituições, como a Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Faculdade Damas da Instituição Cristã – FADIC e ESMAPE – Escola Judicial de Pernambuco e IBCJUS – Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas e Sociais, além disso, grande pesquisador na área da dogmática penal, esta obra, composta sinteticamente por esquemas de aulas por ele ministradas, possibilitará, antes de qualquer coisa, a propagação da importância da sintonia entre a teoria e a prática, por meio de um entendimento desta última como sendo a continuidade e a efetiva fruição daquela, o que tornará possível a concretização da justiça.

*Lincoln Régis de Oliveira Júnior*  
*Rodrigo Teles de Oliveira*

Advogados e mestrandos em Direito Penal –  
História das Ideias Penais pela  
Faculdade Damas da Instrução Cristã – FADIC



## 1.1. Princípio da legalidade ou da reserva legal

### 1.1.1. Origem do princípio da legalidade

Segundo Canotilho, “consideram-se princípios fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.<sup>2</sup>

A manifestação universal dos direitos fundamentais como a liberdade e a dignidade da pessoa humana deu-se a partir do racionalismo da revolução francesa, que celebrou o pacto da Declaração dos Direitos do Homem, sendo chamados de direitos de primeira geração os direitos civis e políticos.<sup>3</sup>

O princípio da legalidade ou da reserva legal<sup>4</sup> é originário da *Magna Charta* de João sem Terra, promulgada

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 171.

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997, p. 516.

<sup>4</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo :Saraiva, 1994, p. 21.

no século XIII, da Alta Idade Média, no ano de 1215, que no seu art. 39, prescreve, *in verbis*:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.

Na concepção de Cláudio Brandão a Carta Política de João sem Terra, fundada no costume inglês do sistema jurídico do *common law* trazia no seu bojo a semente garantidora do Princípio da Legalidade, naquela sociedade estabelecida, contra o absolutismo da monarquia reinante à época.<sup>5</sup>

### ***1.1.2. O princípio da legalidade como princípio político***

Cesare Beccaria, no século XVIII, inspirado nas ideias de Montesquieu e de Rousseau fundamenta o direito de punir na moral política do Estado, apoiando a pena no princípio da proporcionalidade à lesão cometida, tendo em vista a submissão do indivíduo ao contratualismo social, razão pela qual se reconhece que sua proposta de proporcionalidade da pena ao crime cometido atende ao princípio da legalidade.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26.

<sup>6</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Flório De Angelis. Bauru: Edipro, 1993, p. 16. O pensamento de Beccaria, a partir do seu pensamento reformista, influenciou, sobretudo, toda a legislação penal de sua época, conforme José Antón Oñeca.

Disso resulta que Beccaria foi quem primeiro lançou a semente do princípio da legalidade, com o fundamento utilitarista da pena e, com suas concepções, lançou luzes no combate ao absolutismo, cujo marco teórico inaugurou a nova Escola Liberal do Direito penal, em detrimento do terror patrocinado pelo Estado.<sup>7</sup>

Ricardo de Brito afirma que a manifestação de Beccaria a uma teoria do contrato social enreda na necessidade de impor limites ao Estado no que diz respeito ao poder de punir os indivíduos.<sup>8</sup> Pelo prisma de Brito:

[...] As penas cruéis são, na verdade, contraproducentes, pois em nada contribuem para proporcionar a segurança indispensável à felicidade do maior número de pessoas. Assim, é a partir do utilitarismo que, em última análise, vão ser combatidas a pena de morte, a tortura e outras penas cruéis, bem como os vícios do processo penal pré-liberal.<sup>9</sup>

Ainda no século XVIII, com o advento da Revolução Francesa, o princípio da legalidade foi recepcionado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que no seu art. 8º, prescreve:

A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

---

*Autores de derecho penal:* dirigida por Edgardo Alberto Donna. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal e Culzoni Editores, [s/d], p. 147 *et sequi*.

<sup>7</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Flório De Angelis. Bauru: Edipro, 1993, p. 18.

<sup>8</sup> BRITO, Ricardo de. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 74.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 79.

Feuerbach formulou uma construção não só jurídica como também política para o Direito ao sistematizar, dogmáticamente, o princípio da legalidade que, ao contrário do que se possa imaginar, não se deu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, conforme lembra Brandão.<sup>10</sup> Foi com Feuerbach, em 1801, que surgiu a fórmula – não só com um conteúdo científico, como também com um conteúdo político – do Princípio da Legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Não se deve esquecer de que o Estado Social e Democrático de Direito encontra o seu pressuposto de legitimidade no princípio reitor (*Leitbild*) da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da CF) e, pela sua magnitude, é o primeiro artigo do código penal brasileiro.

Para Feuerbach toda cominação de pena tem como pressuposto uma lei penal (*nulla poena sine lege*). A imposição de pena está condicionada à existência de uma ação incriminada (*nulla poena sine crimine*) e o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado por uma pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).<sup>11</sup> Daí a máxima latina: *nullum crimen, nulla poena sine lege (prævia, scripta, stricta e certa)*.

O ordenamento jurídico-brasileiro, art. 5º, § 2º, da Constituição Federal prevê, *mutatis mutandis*, a aceitação de princípios implícitos ao consagrar no art. 5º, § 2º. “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

---

<sup>10</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 36.

<sup>11</sup> FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*. traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989, p. 63.

### ***1.1.3. O princípio da reserva legal: nullum crimen, nulla poena sine lege praevia***

A *lex praevia* reclama lei anterior ao fato (*non post factum*) proibindo, assim a retroatividade de lei que institua pena mais severa ou, de algum modo, agrave a situação do acusado (*novatio legis in peius*), de acordo com o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Todavia, a Constituição permite a retroação de lei penal mais benéfica ao acusado (*novatio legis in bonam partem*). Não obstante, é pacífico o entendimento de que as medidas de segurança também não podem retroagir em prejuízo do acusado, utilizando-se de idênticas cláusulas constitucionais – por *analogia in bonam partem* – às penas privativas de liberdade.

Desta maneira, não pode retroagir, por exemplo, uma norma penal para permitir a inclusão de uma qualificadora em um crime ou um elemento integrante de uma causa de exclusão de antijuridicidade em detrimento do direito do acusado, de ver-se processar pela lei penal mais benéfica ao tempo do fato (princípio do direito adquirido).

Em contraponto, a lei penal mais benéfica sempre que favorecer o acusado terá o caráter de retroatividade como a *abolitio criminis* (art. 2º, *caput*, do código penal) e a retroação da lei mais branda (parágrafo único do art. 2º do CP). Ex. de *abolitio criminis* – Lei n. 11.106/2005, que descriminalizou a sedução (art. 217 do CP; adultério art. 240). Todavia, o adultério continua sendo um ilícito civil que pode impossibilitar a vida em comum, a teor do art. 1.573, I, do Código Civil à consideração de que Rudolf von Ihering, em 1867, separou o ilícito civil do ilícito penal.

Por *lex praevia* deve-se entender lei federal (art. 22, I, da CF) – complementar ou ordinária – porquanto o art. 61, *caput*, da CF e o art. 62, § 1º, alínea “b”, da referida Carta Política, vedam a criação de tipos penais por medida provisória, bem como o art. 68, § 1º, inciso II, CF, proíbe a

delegação de competência exclusiva do Congresso Nacional ao Presidente da República para legislar sobre direitos individuais, inserindo-se aí o Direito Penal, tendo em vista o caráter individual da reprimenda penal, isso porque na casa legislativa competente há o debate democrático da lei, a começar do projeto, geralmente encabeçado por notáveis do Direito; debates nas Comissões de Constituição e Justiça, processos legislativos de aprovação, modificação, sanção e veto, não se coadunando com situações anômalas de urgência e relevância previstas para a edição de medidas provisórias, estas, não obstante, podem instituir punição administrativa, jamais, punição com o caráter de pena.

Não obstante, o STF tem admitido a edição de medida provisória em matéria penal para beneficiar o acusado: RE 254.818/PR, relatoria Min. Sepúlveda Pertence.

#### ***1.1.4. O princípio da reserva legal: nullum crimen, nulla poena sine lege scripta***

A *lex scripta* proíbe a adoção do costume como fonte do direito penal, para instituir tipos penais ou agravar a pena, sendo certo que o costume somente pode ser invocado em benefício do acusado. O direito costumeiro nasce na sociedade (*cosuetudo est, altera lex*). Quando determinadas condutas são irrelevantes do ponto de vista social para sofrerem reprovação da sociedade ocorre a desuetudo (derrogação da norma pelo costume), ainda que o legislador expressamente considere essas condutas como criminosas, conquanto, penalmente em desuso.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Leciona o Prof. Cláudio Brandão, da nova Escola do Recife, que o Direito Inglês baseia-se no costume e no precedente judicial. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 26. Para Hans Kelsen o Direito legislado e o costumeiro revogam-se um ao outro pelo princípio da *lex posteriori*. Afirma, inclusive, que o Direito Consuetudinário tem força derro-



Afirma Cláudio Brandão que o costume é penalmente relevante quando operar *in bonam partem*, ou seja, quando vier em benefício do acusado, pois desta maneira ele atende ao princípio da legalidade.<sup>13</sup>

### ***1.1.5. O princípio da reserva legal: nullum crimen, nulla poena sine lege stricta***

A *lex stricta* veda o uso da analogia para incriminar condutas, fundamentar ou agravar a pena. A analogia consiste em um processo lógico de integração do ordenamento jurídico.

O disposto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, combinado com o art. 1º do código penal, veda o intérprete de socorrer-se da analogia para criar tipos penais ou para agravar pena. Contudo, se por um lado a *analogia in malam partem* é vedada por ser mais gravosa ao acusado, todavia, a *analogia in bonam partem* (em benefício do acusado) é doutrinariamente aceita, por favorecer o *status libertatis*, tendo em vista que o Princípio da Legalidade visa, finalisticamente a proteção do homem.

Na ótica de Brandão, *verbis*:

A analogia é um processo de interpretação que integra uma lacuna existente na lei a partir de

---

gatória ainda que diante de uma lei constitucional formal. E conclui expressamente: “Tem-na mesmo em face de uma lei constitucional que expressamente exclua a aplicação de Direito consuetudinário”. **Teoria pura do Direito.** Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 252. Por fim, desde os Romanos “*consuetudo parem vim habet cum lege*”. Tradução livre do autor: o costume tem força igual à lei.

<sup>13</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. p. 26.

um argumento de semelhança. A analogia possibilita a regulação de um determinado caso que não se encontra tratado na perspectiva lingüística-conceitual da norma, a partir de um processo de comparação.<sup>14</sup> (*sic*).

O art. 5º do código civil em vigor estabelece que: “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

Pela dicção do art. 5º do digesto civil, o art. 262 do código de processo penal, restou derogado, implicitamente, porquanto, o conceito de menoridade de que trata o art. 194 do citado diploma procedimental penal, vai ser extraído pelo intérprete do código civil, que define a maioridade.

O art. 194 do CPP, foi revogado, expressamente, pela Lei n. 10.792, de 1º.12.2003.

No entanto, na seara do direito penal, o art. 5º da *lex civilis*, não tem o condão de derogar o art. 65, I, do código penal, no tocante à circunstância legal atenuante, por ser o agente menor de 21 (vinte e um) anos de idade ao tempo do fato, mais benéfica ao acusado. *Mutatis mutandis*, o estabelecimento da contagem de dias úteis no atual código de processo civil não tem o condão de alterar os prazos estipulados no código penal, por se tratar de direito material.

O art. 219 do atual código de processo civil estabeleceu a contagem de prazo em dias úteis. Pois bem, referido dispositivo altera o ECA – Lei 8.069/90 e o código de processo penal, todavia, não tem o condão de alterar o código penal, de conteúdo material, muito menos aspectos materiais do ECA e do processo penal, no que tange ao prazo para conclusão do inquérito policial e contagem de prazo para prisão pré-cautelar (em flagrante delito) ou cautelar.

---

<sup>14</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 73.

### ***1.1.6. O princípio da reserva legal: nullum crimen, nulla poena sine lege certa***

No Estado de Direito a exigência de *lex certa* decorre do princípio da legalidade, posto que o legislador está obrigado a definir com clareza e precisão a individualização de uma conduta tida como criminosa, além de cominar a pena respectiva. Destarte, uma lei penal sem clareza e precisão não seria hábil para cumprir a função do Princípio da Legalidade, que é a limitação do *ius puniendi* do Estado-juiz.

Se assim não fosse o homem estaria sujeito à utilização arbitrária do Direito Penal pelos detentores do poder político, que poderiam incriminar condutas não previstas em lei, ou utilizar-se de linguagem pouco clara, ou ambígua, em uma norma sem conteúdo determinado para punir o homem, objetivando acomodar situações ideológicas, como registra a história, sendo exemplo a queda da bastilha que era uma prisão política. Com a derrubada da bastilha abriu-se o caminho para a revolução francesa.

Posto isso, a exigência de lei certa na Legalidade relaciona-se com o direito penal do Estado de Direito, por exigir do legislador a utilização de signos linguísticos claros e precisos, possibilitando a individualização do modelo abstrato da conduta penal incriminadora.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 73. A exigência de *lex certa* diz respeito à clareza dos tipos que não podem deixar margens a dúvidas nem tampouco abusar de normas genéricas ou tipos incriminadores genéricos e vazios. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo :Saraiva, 1994, p. 29.



# A norma penal 2

---

## 2.1. Conceito de norma penal

Afirma Heleno Cláudio Fragoso que o direito é um conjunto de regras de conduta impostas coativamente pelo Estado. Essas regras chamam-se normas jurídicas.<sup>16</sup>

As normas jurídicas que definem crimes e estabelecem sanções, bem como as condições de aplicação da sanção penal, chamam-se normas penais.

## 2.2. Estrutura da norma penal

A norma penal como espécie de norma jurídica contém preceito jurídico obrigatório, ou seja, de mandato ou de proibição e não se confunde com a lei.<sup>17</sup>

Lei: art. 121, *caput*, do CP.

A Lei é fonte do Direito Positivo (art. 5º, II, da CF) e revestimento formal da norma jurídica (material).

Preceito (primário) é a descrição da conduta (*praeceptum legis*)

---

<sup>16</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 75.

<sup>17</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. vol. 1. arts. 1º a 120. 5. ed. rev. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005, p. 176.

Sanção (ou preceito secundário) é a cominação de **pena** (*sanctio legis*)

Preceito: Matar alguém

Sanção: Pena de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Norma jurídica: Não matar: (a lei não diz não mate).

A norma (não matar) protege um bem jurídico (a vida humana).

A norma se dirige a todos como proposição prescritiva, que pode ser positiva ou negativa, segundo exprima um dever/obrigação ou uma omissão. Assim, viola-se uma proibição (ação) ou uma ordem ou comando de agir (omissão).

Art. 135 do CP: omissão de socorro: norma jurídica é imperativa manda agir, salvo se houver risco pessoal.

## **2.3. Normas penais incriminadoras e não incriminadoras**

- **As normas penais incriminadoras, ou proibitivas**, (não permitem fazer) *non facere* são também chamadas de normas penais em sentido estrito ou completas que são aquelas constantes da Parte Especial do código penal e leis penais extravagantes (não codificadas). Art. 155. Norma jurídica “não subtrair”.

- **As normas penais não-incriminadoras ou permissivas** (permitem fazer) *facere* e estão na parte geral ou especial do código penal: Ex.: parte geral: art. 23. Parte especial: art. 128, incisos I e II.

A norma proibitiva não quer que a conduta aconteça e se acontecer o agente estará sujeito a uma sanção (pena). Já a norma permissiva isenta o agente de pena.

## **2.4. A norma penal em branco**

O preceito primário da norma penal em branco é indeterminado, vago, necessitando de um complemento

por outra norma jurídica (lei, resolução etc). Para Binding, seu criador, a norma penal em branco “é um corpo errante em busca de sua alma”<sup>18</sup>.

### *2.4.1. Distinção das normas penais em branco*

⇒ Norma penal em branco homogênea (em sentido amplo)

⇒ Norma penal em branco heterogênea (em sentido estrito)

**HOMOGÊNEA:** Quando o seu complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma que depende de seu complemento. Ex. art. 237 do código penal (norma penal em branco) e art. 1.548, II, do código civil (complemento) – ambos os dispositivos pertencem a leis ordinárias, ou seja, mesma fonte legislativa: Congresso Nacional.<sup>19</sup>

Pablo Rodrigo Alfen<sup>20</sup> ainda afirma que as normas penais em branco oriundas de fonte homóloga, além de serem oriundas da mesma instância legislativa, são pronunciadas por remissões expressas e concludentes, podendo ser, externa ou interna.

---

<sup>18</sup> SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Editora Argentina, 1978, p. 122; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** parte geral. 4. ed. rev., por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 75 e BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. vol. I. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 201.

<sup>19</sup> O código penal. Decreto-lei n. 2.848/40 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como Lei Ordinária, tendo em vista que a CF passou a admitir a edição de Lei Ordinária em matéria penal.

<sup>20</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, pp. 67-68.

**HOMOGÊNCIA** – formal homóloga art. 312 e 327 do CP, em que a norma penal em branco e o seu complemento estão contidos em uma única lei e formal heteróloga - art. 236 CP e 1.521 do CC. A fonte formal é a mesma, todavia a norma penal em branco provém do ramo penal e o seu complemento do ramo civil. A norma complementar deve atender ao princípio da legalidade, isto é, uma lei ordinária, jamais uma medida provisória.

**HETEROGÊNEA:** Quando o seu complemento é oriundo de fonte legislativa diversa daquela que editou a norma.

Ex. art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (que tem como fonte legislativa o Congresso Nacional). Complemento: Resolução da Anvisa (agência nacional de vigilância sanitária), ato administrativo inferior, portanto, à norma que necessita de complemento, todavia, deve ater-se ao princípio da legalidade administrativa: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.



## 3.1. Critérios para solução de conflitos entre a lei penal no tempo no Brasil

**Princípio:** *tempus regit actum*

- 1) *Abolitio criminis*;
- 2) *Novatio legis incriminadora*,
- 3) *Novatio legis in peius*,
- 4) *Novatio legis in mellius* e
- 5) Combinação de leis penais (*Lex Tertia*).

A lei penal (norma) posterior cessa a validade de uma lei penal anterior (art. 2º da LINDB).

Chama-se ab-rogação a revogação completa da lei e derrogação a revogação parcial da lei – de modo expresso ou tácito.

Princípio da irretroatividade da lei penal – princípio da legalidade – art. 5º, XXXIX e XL, da CF c/c o art. 1º do CP.

a) De regra, a lei penal é irretroativa para garantir a segurança jurídica e as liberdades coexistentes dos membros da sociedade. A lei só retroage para beneficiar o acusado.

b) O indivíduo só pode motivar-se pelo comando da norma ao tempo do crime;

c) A lei mais benéfica atende ao princípio da legalidade – pela retroatividade e ultratividade;

**Importante:** a ultratividade significa que a lei mais favorável terá vigência mesmo depois de ser revogada por lei nova mais gravosa.

**Lei Gravosa – Lex gravior** – piora a situação do acusado: aumenta a pena privativa de liberdade, de multa, torna o crime hediondo ou transforma a pena de detenção em reclusão (altera o regime de cumprimento de pena).

**Lei Mais Benéfica – Lex mitior** – amplia as garantias do acusado: diminui a pena, ou, de qualquer modo beneficia o acusado.

A benignidade da lei deve ser examinada em cada caso concreto.

Na dúvida se a lei é mais benéfica, ouvir o acusado.

*Abolitio criminis; novatio legis* incriminadora, *novatio legis in peius, novatio legis in mellius* e combinação de leis penais (*Lex Tertia*).

**i) Abolitio criminis** – lei nova deixa de considerar crime um fato anteriormente criminoso. Ex. Lei 11.106/2005 – abolição do crime de adultério – art. 240 do CP. Resíduo do ilícito civil – art. 1.573, I, do CC.

Abolição dos efeitos penais do crime – art. 2º do CP. Permanência dos efeitos civis decorrentes do crime – art. 5º CF, arts. 91/92 do CP e art. 63 e seguintes do CPP. Art. 13 da LICPP. Art. 66, I, da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal. Dispõe a Súmula 611 do E. Supremo Tribunal Federal: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”.

O inquérito policial e o processo penal são, imediatamente, trancado e extinto, respectivamente.

A abolição apaga os efeitos do crime, como se ele nunca tivesse existido. Não causa, por óbvio, reincidência.

A abolição da lei penal – causa a extinção da punibilidade do acusado – art. 107, III, do código penal.

***Abolitio criminis temporária*** – Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento.

Súmula 513 do STJ – A *abolitio criminis* temporária prevista na Lei n. 10.826/2003 aplica-se ao crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticado somente até 23/10/2005.

A Medida Provisória 417, convertida na Lei 11.706/2008, ampliou o prazo para registro de arma de fogo até 31/01/2008, bem como possibilitou a entrega, espontânea de arma de fogo, ocasionando a extinção da punibilidade. Todavia, a Lei 11.991/2009, em vigor a partir de 14/04/2009, prorrogou o prazo para registro da arma, até 31/12/2009.

A respeito da *abolitio criminis* temporária: STF: RO-HC 111.637/RJ, relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, de 05/12/2012; HC 104769/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, de 07/12/2010 e STJ: HC 113.529/SP, rel. Min. Teori Zavascki, de 24/06/14.

**ii) *Novatio legis incriminadora*** – lei nova considera crime um fato anteriormente lícito. A *novatio legis* incriminadora é irretroativa e não se aplica a fatos praticados antes de sua vigência. (art. 5º, XXXIX, da CF e art. 1º do CP).

**iii) *Novatio legis in peius*** – a lei posterior que de qualquer maneira agravar a situação do acusado não retroagirá (art. 5º XL, da CF).

**Importante:** havendo conflito entre uma lei anterior mais benéfica e uma lei posterior mais severa, aplica-se a lei anterior – que terá ultratividade.

**iv) *Novatio legis in mellius*** – a lei nova, ainda que sem descriminalizar uma conduta, pode de algum modo beneficiar o acusado. A *lex mitior – abolitio criminis ou in mellius* – retroage e se aplica automaticamente – art. 2º do CP:

- a) Pelo juízo de 1º grau;
- b) Pelo Tribunal – em grau de recurso;
- c) Pelo juízo da execução penal.

A lei penal tem aplicação imediata, como garantia fundamental. Art. 5º, § 1º, da CF.

Para Cláudio Brandão<sup>21</sup>, Caio é condenado por crime de deserção (crime militar próprio) crime de guerra do Brasil com outro país à pena de morte por pelotão de fuzilamento. Fica determinado que a pena será executada um mês depois da condenação. Porém, 10 dias depois do trânsito em julgado (não cabe mais recurso) nova lei retira a pena de morte para a penalidade de deserção. A lei nova tem *vacatio legis* de quarenta e cinco dias depois de sua publicação (art. 1º, *caput*, da LINDB). A lei retroage, mesmo antes da vigência, i.e., na *vacatio legis*, para beneficiar o acusado, que deverá sofrer outra pena, mas não a de morte.

v) **Combinação de leis penais (*Lex Tertia*)** – Questão importante surge quando há uma sucessão de leis penais no tempo. Pode o juiz combinar as duas leis naqueles pontos que beneficiam o acusado – criando uma terceira lei, como se o juiz fosse legislador positivo? Questão bastante complexa.

De acordo com o Princípio da dignidade da pessoa humana, atualmente, entende-se que sim. No entanto, não existe unanimidade na doutrina e na jurisprudência.

Mévio foi denunciado pela prática do crime do art. 12 da Lei 6.368/76 – pena de 3 a 15 anos e dias-multa. No momento em que o juiz vai aplicar a pena foi promulgada a Lei 11.343/06 que no § 4º do art. 33 prevê diminuição de pena. Todavia, a pena passou de 5 para 15 anos com aumento de dias-multa. A lei anterior é mais gravosa e a

---

<sup>21</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 75.

nova, posterior, mais benéfica, em relação à diminuição da pena privativa de liberdade.

**STF – a favor:** HC 69.033-5, rel. Min. Marco Aurélio; RE 596.152/SP, 13/02/12 – rel. Min. Ayres Britto; (Tribunal Pleno); HC 110.046/PI, 25/05/2013, rel. Min. Luiz Fux (Tribunal Pleno) – empate: reconhecimento da combinação.

**STF Contra:** HC 68.416/DF, rel. Min. Paulo Brossard. HC 94.802/RS, rel. Min. Menezes Direito.

HC 98.766/MG, rel. Min. Ellen Gracie, 05/11/2013.

HC 98.848/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 15/09/09.

**Recente: contra:** RE 600817, de 07/11/2013 – rel. Min. Ricardo Lewandowsky (não julgaram o mérito – determinaram a devolução dos autos do processo ao Juiz de 1º grau para fazer a dosimetria da pena – utilizando uma das leis por inteiro, sem combinar as duas).

**O Supremo Tribunal Federal não aceita a combinação de leis.**

**STJ – contra:** 122.478/SP, rel. Min. Napoleão Nunes, 02/08/2010.

Súmula 501 do STJ.

vi) **Medida de segurança** – a pena está para o agente imputável como a medida de segurança está para o inimputável por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Pelo princípio da legalidade as normas referentes às leis penais no tempo aplicam-se às medidas de segurança, em face do princípio da lei mais favorável.<sup>22</sup>

## **3.2. Leis excepcionais ou temporárias**

**Leis excepcionais** – a vigência de leis excepcionais decorre de situações emergenciais.

---

<sup>22</sup> CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 2. edição revista. Portugal: Coimbra Editores, 1997, p. 209.

**Leis temporárias** – a vigência de leis temporárias é fixada previamente pelo legislador. A própria lei já traz no seu texto o prazo de validade.

Art. 3º do CP “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”.

Para Taipa de Carvalho a lei temporal destina-se a prevenir determinadas condutas em situação de *emergência ou de anormalidade social*, cuja lei já traz consigo a data de sua vigência.<sup>23</sup>

A especialidade do regime, segundo o autor português “(...)” reside no facto da sua aplicabilidade a todas as condutas nela previstas e praticadas durante sua vigência, independentemente de, no momento do julgamento, a lei temporária já não estar em vigor.

**Leis temporárias** – No ordenamento jurídico-brasileiro, como em Portugal, a vigência de lei temporária é fixada previamente pelo legislador. A própria lei já traz no seu texto o prazo de validade, ou seja, a data de sua morte. A título de exemplo, recente, tem-se a Lei 12.663/2012, publicada em 06.06.2012 e retificada em 08.06.2012, que entre outras coisas disciplinou medidas relativas à Copa das Confederações e a Copa do Mundo de 2014 que ocorreram no Brasil, criando alguns tipos penais para terem vigência durante o período de realização da Copa do Mundo no Brasil. A própria Lei 12.663/2012, em seu artigo 36, trouxe o dia 31 de dezembro de 2014 como data de validade de sua vigência.

---

<sup>23</sup> CARVALHO, Américo a. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 2. edição revista. Portugal: Coimbra Editores, 1997, pp. 198-199.

São leis que têm ultratividade. Essas leis são constitucionais. Elas são editadas para disciplinar acontecimentos anormais.

Jescheck – Essas leis são uma exceção ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica.<sup>24</sup>

### **3.3. Retroatividade do complemento de leis penais em branco**

i) complemento – deve obedecer ao princípio da legalidade.

ii) a norma penal em branco não é revogada pela revogação do seu complemento.

iii) a norma complementar, ou integrativa, se for mais grave, não pode retroagir para prejudicar o acusado.

Exemplo: Cloreto de Etila – do lança-perfume. HC. 120.026-SP, rel. Min. Celso de Mello.

Portaria SVS/MS nº 344/98-ANVISA, de 12/05/1988 incluiu o cloreto de etila, comercializado como “lança-perfume”, na lista de substâncias entorpecentes, proibidas. Resolução ANVISA – 104/2000, de 07/12/2000, retirou o cloreto de etila do rol de substâncias psicotrópicas, operando a *abolitio criminis* temporária, em relação à conduta de alguém que tivesse a posse do lança-perfume, não seria considerado crime de tráfico de drogas.

Em 15/12/2000 – a Resolução foi republicada com nova reinclusão do cloreto de etila como substância proibida.

No período de 07/12/2000 até 15/12/2000 – não era crime de tráfico no Brasil a posse do “lança-perfume”, pela Lei 11.343/06.

A conduta era atípica.

---

<sup>24</sup> JESCHECK, Hans-Henrich, WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. edición, renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, S.L. 1996, p. 151

### **3.4. Retroatividade e lei processual**

Lei processual não se submete ao princípio de extraterritorialidade de lei mais benéfica (ultraterritorialidade e retroatividade). Art. 2º do CPP.

Diferente é a lei processual mista ou híbrida – de conteúdo material e processual.

Ex.: Art. 366 do CPP. Súmulas 415 e 455 do STJ. A parte material só retroage para beneficiar o acusado e a lei anterior é ultrativa: STJ – HC 156.477/AM.







Na presente obra, o que se pode observar, portanto, é um autor livre de qualquer discurso político que, com amplo domínio na historicidade dos institutos do direito criminal, consegue deixar claro como essas discussões históricas têm implicações práticas. Ou seja, a leitura desta obra, mais do que evidenciar o atual panorama dos institutos penais, apontará, por meio de um estudo histórico da formação dogmática da ciência criminal, os caminhos pelos quais o direito penal percorreu até chegar à forma como se apresenta na atualidade, o que acaba por facilitar a formação de um real conhecimento acerca das bases de cada instituto abordado nesta obra.”

*Lincoln Régis de Oliveira Júnior  
Rodrigo Teles de Oliveira*

