

NIDAL AHMAD

Manual de Direito PENAL

Parte Geral

2^a | revista
edição | ampliada
atualizada



2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

3

TENDÊNCIAS DOUTRINÁRIAS DO DIREITO PENAL

3.1 ESCOLA CLÁSSICA

Com inspiração no ideário demarcado por Cesare Beccaria, surgiu na Europa, nos últimos anos do século XVIII e até metade do século XIX, um movimento ocupado de aprofundar estudos teóricos sobre a justiça penal, chamado de Escola Clássica.

A Escola Clássica adotava como marco teórico o contratualismo, característico do Estado Liberal, fundamentado em valores burgueses de liberdade que buscavam a limitação do poder político do Estado. A grande preocupação era a defesa dos direitos fundamentais, de tal modo que o bem jurídico penal era delimitado por noções de liberdade negativa, ou seja, defesa do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado.

Na concepção da Escola Clássica, todos os homens são iguais perante a lei, revestindo-se de livre-arbítrio para atuar conforme o contrato social implicitamente celebrado com o Estado. Nessa linha, criminoso seria quem, consciente e voluntariamente, viola a norma penal, centralizando a análise do crime sobre o fato praticado e não sobre as características do autor.

Discorrendo sobre as características da Escola Liberal Clássica, Alessandro Baratta assevera que:

De fato, a escola liberal clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito.¹

Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinquente não era diferente, segundo a Escola Clássica, do indivíduo

1. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002. p. 31.

normal. Em consequência, o direito penal e a pena eram considerados pela Escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delincente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, quando necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime.²

Sintetizando o pensamento da Escola Liberal Clássica, Vera Regina Pereira de Andrade leciona que:

Do programa clássico emerge, portanto, a delimitação de um “Direito Penal do fato”, baseado na noção (liberal) de livre-arbítrio e responsabilidade moral, no qual a imputabilidade e a gravidade objetiva do crime constituem a medida para uma penalidade dosimétrica, vista, então, como retribuição proporcionada ao crime como uma rígida vigência da legalidade dos delitos e das penas.³

A Escola Clássica contribuiu sobremaneira no estudo do conceito de crime, da teoria da pena, bem como da criminologia.

A partir do estudo desenvolvido por Francesco Carrara, os princípios fundamentais dessa escola eram os seguintes:

- a) crime como sendo um ente meramente jurídico, assim entendido como violação de um direito decorrente de Deus, o que legitima a imposição de um castigo e restabelecimento da justiça;
- b) concepção do livre-arbítrio como fundamento da punibilidade, isto é, todo homem tem a liberdade de escolha entre delinquir ou não, sendo responsável por sua decisão e seus atos;
- c) a pena como finalidade retributiva, ou seja, agindo com vontade e consequência no sentido de praticar um crime, o agente terá como retribuição à sua conduta a imposição de uma pena.

Kant e Hegel desenvolveram a concepção retributiva da pena no sentido de que a finalidade da pena era exclusivamente retribuir ao agente o mal que causou ao delinquir, restabelecendo, assim, o Direito e a Justiça.

Divergiam os autores alemães em relação à natureza dessa finalidade retributiva. Kant defendia que a pena nada mais era do que uma retribuição ética em relação ao delito praticado pelo agente; já Hegel defendia que a retribuição era jurídica, esclarecendo que o crime seria a negação do direito, sendo a pena a negação do crime, constituindo, assim, a reafirmação do direito.

3.2 ESCOLA POSITIVA

A Escola Clássica teve o grande mérito de atribuir a finalidade retributiva à pena, humanizando-a, confrontando os abusos do absolutismo. Todavia, seus preceitos não foram suficientes para amenizar os problemas sociais existentes na época e, por conseguinte, estancar o crescimento da criminalidade.

As mudanças nos contextos social, econômico e político ocorridas no século XIX influenciaram as teorias desenvolvidas pela Escola Positiva. Tendo Cesare Lombroso como

2. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 37.

3. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 59.

seu principal teórico, em vez de justificar a liberdade do indivíduo a partir de uma ordem natural universal, amparada pelo contrato social, baseada, precipuamente, na limitação do poder de punir do Estado, a Escola Positiva desloca o foco de atenção para o homem criminoso, buscando nele as causas do crime.

De fato, a reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo.⁴

Vera Regina Pereira de Andrade, tecendo considerações acerca da Escola Positiva, afirma que Lombroso, valendo-se do método de investigação e análise próprio das Ciências naturais, procurou individualizar nos criminosos e doentes apenados anomalias sobretudo anatômicas e fisiológicas (como pouca capacidade craniana, frente fugidia, grande desenvolvimento dos arcos zigomático e maxilar, cabelo crespo e espesso, orelhas grandes e agudeza visual) vistas como constantes naturalísticas que denunciavam, a seu ver, o tipo antropológico delinquente, uma espécie à parte do gênero humano, predestinada, por seu tipo, a cometer crimes.⁵

O delito e o delinquente passaram a ser tratados como patologias sociais, conferindo posição secundária à finalidade retributiva da pena. A personalidade e a periculosidade do réu, bem como sua capacidade de adaptação ao meio social ganharam extrema relevância.

O racionalismo e naturalismo da Escola Clássica não explicavam adequadamente a incursão do agente na prática delituosa, surgindo a necessidade de buscar explicação científica sobre o agente criminoso, bem como acerca do contexto social ao qual estaria inserido, ganhando importância os estudos biológicos e sociológicos a partir das doutrinas evolucionistas, cujos expoentes eram Darwin e Lamarck, e sociológicas de Comte e Spencer.

A Escola Positiva pode ser dividida em três fases: a) fase antropológica; b) fase sociológica; c) fase jurídica.

A *fase antropológica*, cujo principal representante foi o médico Cesare Lombroso, destacou-se por introduzir o conceito de criminoso atávico, assim compreendido como sendo antropológicamente o criminoso predeterminado, ou seja, o criminoso nato.

O criminoso nato de Lombroso se caracterizava pela assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, disfunções sexuais, tatuagens, inaugurando a antropologia criminal, visando, por meio do estudo antropológico, encontrar a explicação da causa do seu comportamento antissocial.

Lombroso, no decorrer dos seus estudos, acrescentou ao atavismo, a loucura moral e a epilepsia, reconhecendo, ao final, influenciado por Enrico Ferri, que o crime poderia ser decorrência de várias causas convergentes ou independentes entre si.

A *fase sociológica*, cujo expoente maior foi Enrico Ferri, caracteriza-se por se afastar da concepção do determinismo biológico-social, passando a fundamentar a responsabilidade penal na responsabilidade social.

4. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 38.

5. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 65.

A *fase jurídica*, cujo representante maior foi Rafael Garofalo, negando o livre-arbítrio, pregava que o criminoso que não se adaptava às regras de convívio deveria ser deportado ou, até mesmo, levado à morte.

3.3 POSITIVISMO JURÍDICO

No positivismo jurídico não há espaço para juízos de valor, concentrando seu objeto no direito positivo.

O positivismo conferiu visão extremamente formal ao comportamento humano, considerando conduta delituosa mera movimentação corpórea que produz resultado naturalístico, causando modificação no mundo exterior. O positivismo, por isso, influenciou sobremaneira a formulação do conceito clássico de delito. Há, portanto, relação direta entre a conduta e o resultado, estabelecendo-se, de forma objetiva, a relação de causalidade entre conduta e resultado.

O positivismo buscava fundamentar e legitimar o sistema penal a partir do método indutivo, aplicando ao direito métodos de investigação e observação semelhantes aos das disciplinas experimentais. Essa metodologia se mostrou inaplicável em relação ao direito, já que não se afigura possível se afastar do juízo valorativo e social da norma jurídica.

3.4 NEOKANTISMO PENAL

O neokantismo, assim denominado porque preconizava o retorno das ideias desenvolvidas por Immanuel Kant, foi desenvolvido a partir do século XIX, tendo como principais colaboradores Rudolf Stammler e Gustav Radbruch.

Enquanto os positivistas priorizavam o “ser” do direito, os adeptos ao neokantismo defendiam a valorização do “dever ser”, passando a se orientar por critérios axiológicos, inclusive no que se refere à omissão penalmente relevante.

A coerência formal do pensamento jurídico voltado em si mesmo foi substituída por um conceito de delito voltado para os fins pretendidos pelo Direito Penal e pelas perspectivas valorativas que o embasam.

Os elementos do crime, tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade são valorados axiologicamente, sendo que a culpabilidade se torna psicológico-normativa.

No neokantismo, a conduta relevante para o Direito Penal é o “comportamento humano voluntário causador de um resultado”.

O neokantismo permitiu, ainda, a verificação dos elementos normativos e subjetivos nos tipos penais. Esses elementos normativos do tipo, que reclamam juízo de valor, são fundamentais para a verificação da repercussão social nociva ou não da conduta. Conceitos como “mulher honesta”, “ato obsceno” ou “sem justa causa”, conhecidos e já utilizados no ordenamento jurídico-penal brasileiro, são exemplos de elementos normativos do tipo.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt:

Apesar das críticas, o neokantismo teve o mérito de indicar o rumo a seguir no processo de elaboração da dogmática jurídico-penal, por isso, concordamos com Silva Sánchez, quando sustenta que esse mérito consiste em “mostrar as ineludíveis referências valorativas da construção conceitual no Direito Penal, e que a caracterização desses

valores não é devida a fatores inerentes ao objeto em termos absolutos, universais, ou imutáveis, mas, sim, a fatores condicionados subjetiva e culturalmente.⁶

3.5 GARANTISMO PENAL

O garantismo penal foi estruturado e concebido por Luigi Ferrajoli, a partir da clássica obra *Direito e razão*.

Em apertada síntese, o garantismo penal é uma doutrina que engloba um conjunto de teorias penais e processuais penais, cujo pilar, muito além da lei positivada, está fundado nas bases do Estado Democrático de Direito.

Os princípios que servem de base ao garantismo penal são os seguintes: 1. princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido; 2. princípio da legalidade ou da reserva legal, assim compreendido como a absoluta impossibilidade imputar a alguém delito e aplicar pena sem expressa previsão legal; 3. princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; 4. princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; 5. princípio da materialidade; 6. princípio da culpabilidade; 7. princípio da jurisdicionalidade; 8. princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9. princípio do encargo da prova: ao réu não se deve impor o ônus de provar que é inocente, pois é a acusação quem tem a obrigação de provar a responsabilidade criminal do imputado; 10. princípio do contraditório.

O garantismo penal está presente desde a criação da lei penal e processual penal, orientando a escolha dos princípios a serem adotados e dos bens jurídicos a serem protegidos, até o início da persecução penal, seja na fase investigativa ou na jurisdicional.

3.6 FUNCIONALISMO PENAL

O funcionalismo penal iniciou na Alemanha, em 1970, tendo como um dos principais expoente Claus Roxin.

O funcionalismo se insurge contra a concepção de conduta preconizada pelos sistemas clássico e finalista, defendendo a teoria da imputação objetiva como forma de valorar a ideia de conduta e sua relação com o tipo penal.

Afinal, não se pode caracterizar o ilícito penal por meio de categorias como a causalidade ou a finalidade. O ilícito nem sempre é realizado final ou causalmente, como o provam os crimes omissivos. E ainda quando tais estruturas se apresentam, falta-lhes a referência ao Direito Penal, de modo que eles não bastam para caracterizar aquilo que há de jurídico-penalmente relevante em uma ação típica.⁷

A concepção funcionalista de Roxin considera que a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade devem ser desenvolvidas levando em conta suas funções político-criminais. O injusto penal deve derivar das funções do Direito Penal, ao passo que a culpabilidade deve ser derivada da função da pena.

O funcionalismo de Roxin é orientado por valores e finalidades fornecidos pela política criminal do Estado Social e Democrático de Direito, afastando-se da política criminal fundada na lei e ordem ou abolicionista, adotando, assim, a concepção de um funcionalismo moderado.

6. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 118.

7. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 80.

Para Roxin, a função do Direito Penal reside na proteção dos bens jurídicos de forma subsidiária, devendo incidir as sanções mais severas, voltadas a restrições da liberdade, quando as demais formas de proteção, com medidas menos severas, se revelarem insuficientes. A finalidade da pena seria a prevenção tanto geral quanto especial, sendo rechaçada a finalidade retributiva.

O funcionalismo sistêmico ou radical de Günter Jakobs, por sua vez, apregoa que a finalidade do Direito Penal não está na proteção do bem jurídico, mas na estabilização do conteúdo da norma, ou seja, na manutenção e confirmação da vigência da norma. A proteção ao bem jurídico constitui em um resultado mediato da função da pena de assecuramento da vigência da norma.

Para Jakobs, a legitimação do Direito Penal decorre da necessidade de sua atuação garantir as expectativas normativas essenciais à convivência em sociedade. Por isso, a violação dessa expectativa, autoriza a aplicação de uma sanção como forma de reafirmar a expectativa frustrada. A função da pena, portanto, seria a da prevenção geral por meio do exercício do reconhecimento da norma.

3.7 DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do Inimigo tem como principal idealizador Günther Jakobs, professor da Universidade de Bonn, Alemanha.

Jakobs, muito além de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, busca descrever duas tendências opostas inseridas no mesmo contexto jurídico-penal, consistentes no Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo.

Para Jakobs, denomina-se "Direito" o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação. Jakobs afirma que os autores contratualistas, notadamente Rosseau e Fichte, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica.⁸

Afastando-se da concepção de Rosseau e de Fichte, consistente na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, por considerar demasiadamente abstrata, Jakobs assevera que:

Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.⁹

8. JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 24.*

9. JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 25.



INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

7.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Interpretar significa buscar o verdadeiro alcance da norma, delimitando, se necessário, sua aplicação, bem como verificar o correto sentido de uma norma, como a finalidade de assegurar a sua correta aplicação.

Busca-se, por meio da correta exegese, extrair o significado e a extensão da norma em relação à realidade. Deve-se buscar, por meio dos instrumentos interpretativos, a vontade da lei, assim entendida como o real sentido que dela se extrai, ou seja, a *mens legis*.

A interpretação é realizada por um sujeito, que empregando determinado modo, chega a um resultado. Por isso, a doutrina costuma classificar a interpretação: a) quanto ao sujeito; b) quanto ao meio ou modo; c) quanto ao resultado.

7.2 CLASSIFICAÇÃO

7.2.1 Quanto ao sujeito

Trata-se do sujeito ou órgão que realiza a interpretação. Tem relação com a origem, fonte ou órgão de procedência da interpretação.

A interpretação quanto ao sujeito pode ser: autêntica ou legislativa, judicial e doutrinária.

a) Autêntica ou legislativa

Considera-se autêntica ou legislativa quando a interpretação é realizada pelo próprio órgão que produz a norma. O próprio legislador, ao editar a lei, busca definir e esclarecer o alcance da norma.

Em outras palavras, é a interpretação realizada pelo Poder Legislativo, que já estabelece o conteúdo da norma.

Exemplo disso é o conceito de funcionário público para fins penais estabelecido pelo próprio legislador, quando dispõe no art. 327 do CP que “Considera-se funcionário público,

para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

O legislador, no art. 150, §§ 4º e 5º, do CP, define e esclarece o conceito de casa para fins de incidência do delito de violação do domicílio.

b) Judicial ou jurisprudencial

É aquela produzida no âmbito dos tribunais, por meio da reiteração das decisões. O sujeito da interpretação é o membro do Poder Judiciário, que, por meio de uma decisão, interpreta a norma, aplicando-a ao caso concreto.

A reiteração da decisão, com a uniformização de entendimento, gera a jurisprudência.

Não tem força obrigatória, via de regra, salvo em relação ao caso concreto, já que sobrevém a coisa julgada, na hipótese da súmula vinculante (CF, art. 103-A) e nas hipóteses previstas no art. 927 do CPC.

c) Doutrinária ou científica

Como a própria denominação sugere, é a interpretação realizada por doutrinadores, que interpretam a lei conforme suas impressões e conhecimentos técnicos. Não possui, à evidência, força vinculante, mas contribui para criar uma base de entendimento acerca de determinada matéria.

A Exposição de Motivos do Código Penal, porque não integra propriamente a lei, não pode ser considerada autêntica, mas doutrinária, já que realizada pelos doutrinadores e estudiosos que contribuíram na sua elaboração.

7.2.2 Quanto aos meios empregados

Guarda relação com o meio empregado pelo intérprete para extrair o significado da norma penal.

a) Gramatical, literal ou sintática

Leva-se em conta o sentido literal das palavras contidas na lei. O intérprete se limita a extrair do texto legal a sua literalidade, sem buscar outros mecanismos de compreensão do seu teor.

Todavia, a simples análise gramatical não se mostra suficiente, porque pode levar à conclusão que aberre do sistema. Sob pena de grave equívoco, a interpretação literal não deve abster-se de visão de todo o sistema.

Para que se apreenda o significado de uma norma é preciso verificar sua finalidade: a *ratio legis*. Daí ser necessária a interpretação lógica ou teleológica.

b) Interpretação lógica ou teleológica

É a que consiste na indagação da vontade ou intenção objetivada na lei. Não prioriza a literalidade da lei, buscando extrair dela a vontade do legislador, atendendo-se aos seus fins e à sua posição dentro do ordenamento jurídico.

A simples análise literal do que dispõe a norma não é suficiente para exteriorizar o alcance e compreensão da norma, sendo necessária uma pesquisa mais profunda, mais rica em subjetividade, que indique qual a real finalidade de sua elaboração.

De observar que a interpretação deve ser única sob o aspecto de dever o exegeta empregar, harmonicamente, os meios gramatical e teleológico. Se ocorrer contradição entre as

conclusões da interpretação literal e lógica, deverá a esta prevalecer, uma vez que atenda às “exigências do bem comum” e aos “fins sociais” a que a lei se destina.

c) **Interpretação histórica**

A interpretação histórica se destina a verificar a origem da lei, a sua evolução e o objeto abordado. Busca identificar os fundamentos da sua criação, conjugando a interpretação com o contexto histórico em que a lei foi elaborada.

d) **Interpretação sistemática**

A interpretação sistemática tem como característica buscar conjugar a interpretação da lei com todo o ordenamento jurídico. Trata-se da análise da lei em conjunto com o sistema jurídico no qual está inserido.

e) **Interpretação progressiva ou evolutiva**

Trata-se de adequar o teor da lei à evolução das relações sociais, ou seja, adaptar a lei à realidade atual de uma determinada sociedade. Busca-se, com isso, minimizar a necessidade de atualizações legislativas voltadas à adequação da nova realidade decorrente da evolução da sociedade.

Tomemos como exemplo a interpretação do que seja ato obsceno há décadas com a realidade atual. O que poderia ser obsceno na realidade passada, pode não ser no atual contexto evolutivo das relações sociais. Trata-se de uma questão de interpretação progressiva.

7.2.3 **Interpretação quanto ao resultado**

A partir dos meios empregados, o intérprete extrai uma conclusão que constitui o resultado interpretativo, que pode ser declaratório, restritivo ou extensivo. Daí falar-se em interpretação declaratória, restritiva e extensiva.

a) **Interpretação declaratória**

É aquela que expressa o real sentido do texto interpretado, não ampliando nem restringindo o seu teor. O intérprete limita-se a declarar o direito contido na norma.

Há perfeita correspondência entre o teor da norma e a vontade do legislador, não havendo, por isso, necessidade de ampliação ou restrição do alcance do texto legal.

b) **Interpretação restritiva**

Ocorre quando se verifica que o texto de lei dispõe além do seu real sentido. Ou seja, o texto da lei vai além do que o legislador pretende dispor, sendo, por isso, necessário limitar seu alcance, por meio de interpretação restritiva.

Em outras palavras, o intérprete limita a amplitude do texto de lei, restringindo o alcance do dispositivo legal.

Tomemos como exemplo o disposto no art. 28, I e II, do CP, segundo os quais não excluem a imputabilidade penal a emoção, a paixão ou a embriaguez voluntária ou culposa. Deve-se interpretar esse dispositivo de forma restrita, no sentido de que a imputabilidade não será afastada somente quando o estado de emoção, paixão e embriaguez voluntária ou culposa não se revestirem de caráter patológico, ensejando a incidência da inimputabilidade prevista no art. 26, *caput*, do CP.

Em outras palavras, numa leitura literal, poder-se-ia considerar que a emoção, paixão e embriaguez voluntária ou culposa sempre excluem a imputabilidade. Cabe, pois, ao intérprete restringir o alcance dessa norma, no sentido de que somente excluem, se não estiver presente o estado patológico ensejador da inimputabilidade prevista no art. 26, *caput*, do CP.

c) Interpretação extensiva

Trata-se de lógica inversa da interpretação restritiva.

Na interpretação extensiva, o texto de lei dispõe menos do que se desejava, sendo necessário, por isso, por meio de uma interpretação extensiva, ampliar o alcance da norma.

A respeito do tema, trava-se discussão sobre a possibilidade de ser adotada interpretação extensiva ainda que seja contra os interesses do réu.

Em outras palavras, a interpretação extensiva pode ser utilizada para buscar o real alcance da norma, ainda que relacionada à norma penal incriminadora, que, ao final, prejudicará o réu. É o caso, por exemplo, do crime de extorsão mediante sequestro, que também abarca o cárcere privado, por interpretação extensiva (CP, art. 159).

Da mesma forma, conforme entendimento do STJ, aplica-se a interpretação extensiva em relação ao disposto no art. 180, § 1º, do CP, que trata do crime de receptação qualificada.

Nos termos do art. 180, § 1º, do CP, o crime de receptação será qualificado se o agente adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que *deve saber* ser produto de crime. Se o dispositivo legal considera suficiente para qualificar o crime de receptação que o agente *deveria saber*, o que denota dolo eventual, a origem criminosa do produto, com mais razão incidirá a qualificadora se restar demonstrado que o *agente sabia* (o que revela dolo direto) da origem criminosa do produto. Embora o texto de lei diga menos do que deveria, já que abarca somente o dolo eventual, por interpretação extensiva amplia-se o alcance da norma para, à evidência, abarcar também o dolo direto.

Eis o teor da ementa:

Penal e processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Nulidade. Ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença. Art. 384 do CPP. Não ocorrência. Agravo regimental não provido. 1. O acórdão recorrido contém dupla fundamentação, bipartida no reconhecimento tanto do dolo direto do réu, quanto em seu dolo eventual acerca da origem ilícita do produto negociado em seu estabelecimento comercial, o que já é suficiente para a manutenção do *decisum*. 2. Ademais, “o art. 180, § 1º, do Estatuto Repressivo é constitucional e pode ser aplicado através da utilização da interpretação extensiva, ampliando o significado da expressão *deve saber* (dolo eventual), englobando também a expressão *sabe* (dolo direto). O comerciante ou industrial que adquire, vende, expõe a venda mercadoria que sabe ou devia saber ser de origem ilícita responde pela figura qualificada”. (AgRE nº 705620 AgRg, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 19-3-2013, processo eletrônico DJe-066, divulg. 10-4-2013, public. 11-4-2013) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.¹

1. STJ, AgRg no AgREsp nº 1526114/PR, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 15-10-2019.

7.2.4 Interpretação analógica

A interpretação analógica ou *intra legem* se caracteriza pelo fato de dispositivo legal conter uma cláusula casuística, seguida de uma fórmula genérica, compreendendo situações análogas às enumeradas causticamente no tipo penal.

A própria lei prevê situações específicas e casuísticas, que servirão de base para a adequação de outras situações similares ao tipo penal.

Tomemos como exemplo o art. 121, § 2º, I, do CP, que prevê o crime de homicídio qualificado pelo motivo torpe. Na primeira parte do inciso, o legislador enumerou situações casuísticas com natureza repugnante, consistente em matar por paga ou promessa de recompensa, para, ao final, encerrar uma cláusula genérica, viabilizando que seja enquadrado na qualificadora outro motivo repugnante do homicídio, como, por exemplo, matar a vítima para ficar com sua herança.

7.3 ANALOGIA

7.3.1 Introdução

Por primeiro, o pressuposto para se vislumbrar a hipótese da aplicação da analogia é a inexistência de uma lei que possa ser aplicada ao caso concreto. A analogia serve justamente para suprir essa lacuna deixada pela lei.

Trata-se, em outras palavras, de um mecanismo de integração entre uma norma semelhante a um caso concreto cuja solução não encontra previsão expressa na lei.

É um processo de integração do ordenamento jurídico suprimindo a lacuna deixada pelo legislador, conferindo tratamento empregado a uma norma semelhante a determinado caso concreto que necessita de solução não prevista em lei.

É consolidado o entendimento no sentido de que somente será possível aplicar a analogia se favorável ao réu, por força do princípio da reserva legal. Logo, afigura-se possível a analogia somente em relação a normas penais não incriminadoras, sendo, pois, vedada sua aplicação a normas penais incriminadoras, inclusive para agravar as penas expressamente existentes em lei.

7.3.2 Espécies

Para melhor compreensão do tema, convém identificar as espécies de analogia e aquela que pode ser empregada no ordenamento jurídico pátrio.

a) Analogia *in malam partem*

Essa espécie de analogia não é admitida no Direito Penal, pois viola o princípio da reserva legal.

Trata-se de aplicar lei mais severa a caso concreto semelhante cuja solução não encontra previsão legal. Nesse particular, não se afigura possível suprir a lacuna deixada pelo legislador, aplicando ao caso concreto lei penal semelhante que confere tratamento mais severo ao réu.

Em síntese, não se pode aplicar uma norma incriminadora a pretexto de ser semelhante ao caso concreto não regulado expressamente em lei, nem, tampouco, criar, por analogia, sanção penal não prevista no sistema legal, sob pena de violação do princípio da reserva legal.

Considerando a impossibilidade da aplicação da analogia *in malam partem*, o STJ² afastou a possibilidade de ser aplicada a majorante prevista no art. 327, § 2º, do CP a ocupantes de cargo político-eletivo, já que tal dispositivo incide somente em relação a ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Por força da vedação do emprego da analogia *in malam partem*, não caracteriza crime de bigamia (CP, art. 235) ao agente que mantém união estável, possuindo anterior casamento válido, já que o tipo penal exige que o agente tenha contraído outro casamento válido. Assim, muito embora seja equiparada ao casamento para fins civis, não é possível considerar, por analogia, a união estável como elemento constitutivo do crime de bigamia.

b) Analogia *in bonam partem*

É a espécie de analogia admitida pelo Direito Penal, já que favorável ao agente.

Trata-se de aplicar lei benéfica a caso concreto semelhante cuja solução não encontra previsão legal. Nesse particular, diversamente da analogia *in malam partem*, afigura-se possível suprir a lacuna deixada pelo legislador, aplicando ao caso concreto lei penal semelhante que confere tratamento mais brando ao réu.

Com efeito, a jurisprudência do STJ tem admitido que o art. 126 da Lei de Execução Penal, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal, como no caso, a leitura e resenha de livros, nos termos da Recomendação nº 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça.³

Da mesma forma, mostra-se possível considerar, por analogia *in bonam partem*, a possibilidade de vítima de crime de estupro de vulnerável interromper a gravidez com a morte do feto, com base no art. 128, II, do CP. Embora esse artigo autorize o aborto se a gravidez resulta de estupro (CP, art. 213), parece sintomático sua aplicação, por analogia em favor do réu, também para as hipóteses de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A). Isso porque resulta de crime contra a dignidade sexual, assim como o estupro, bem como preservar a dignidade da gestante em detrimento de gravidez decorrente de ato indesejado.

Com a entrada em vigor dos novos lapsos temporais para a progressão de regime, introduzidos pela Lei nº 13.964/2019 no art. 112 da Lei de Execução Penal, firmou-se no STJ

o posicionamento segundo o qual a alteração promovida pelo Pacote Anticrime no art. 112 da LEP não autoriza a aplicação do percentual de 60%, relativo aos reincidentes em crime hediondo ou equiparado, aos reincidentes não específicos. Isso porque, ante a omissão legislativa, impõe-se o uso da analogia *in bonam partem*, para se aplicar, na hipótese, o inc. V do art. 112, que prevê o lapso temporal de 40% ao primário ao condenado por crime hediondo ou equiparado.⁴

c) Analogia legal (ou *analogia legis*)

A lacuna deixada pelo legislador é integrada por uma lei que trata do caso concreto de forma semelhante.

2. STJ, AgRg no AgREsp nº 1341836/RN, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 4-12-2018.

3. HC nº 527446/SP, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado), 5ª T., j. 12-11-2019.

4. STJ, AgRg no HC nº 640014/AC, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 23-3-2021.

7.4 DIFERENÇA ENTRE ANALOGIA, INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

A *analogia* não é propriamente uma forma de interpretação, mas uma forma de integração da aplicação da norma legal (por isso se diz que a analogia possui uma função integrativa). Não há previsão legal para aplicação no caso concreto, ou seja, não há um texto de lei obscuro e incerto cujo sentido exato se procure esclarecer; não há, em síntese, lei que regule especificamente determinado caso.

Por meio da analogia se procura aplicar determinado preceito ou os princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal. Nesse caso, na analogia, constata-se primeiro que determinado fato não está contido na lei, para depois aplicar ao caso o mesmo tratamento penal conferido pela lei para situações semelhantes. Somente é possível analogia *in bonam partem*, pois o princípio da legalidade não permite *in malam partem*.

A *interpretação extensiva*, por sua vez, visa à aplicação de lei lacunosa, de forma que se deve interpretar o sentido da norma, ampliando o seu alcance. Há, portanto, uma norma para o caso concreto, mas diz menos do que o desejado. A própria lei determina a ampliação de seu sentido, alcançando um resultado maior do que o aparente previsto na lei. Não viola o princípio da legalidade, pois não se está criando nada, apenas esclarecendo algo que já está contido na lei.

Na *interpretação analógica* tem-se o processo de averiguação do sentido da norma jurídica, valendo-se de elementos fornecidos pela própria lei. Há, portanto, uma norma para o caso concreto, que arrola no seu texto situações casuísticas e, ao final, encerra com uma cláusula genérica, viabilizando que o texto normativo incida sobre hipóteses semelhantes.

A adoção das interpretações extensivas e analógicas é amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Não se admite, por outro lado, a analogia *in malam partem*, isto é, para prejudicar o réu.



Para acesso ao vídeo,
utilize o QR Code ao lado.

TEMPO DO CRIME

9.1 CONCEITO E IMPORTÂNCIA

A análise do âmbito temporal da aplicação da lei penal necessita da fixação do momento em que se considera o delito cometido. Verificando-se o momento do crime, pode-se identificar a norma penal que deverá ser aplicada ao caso concreto.

A determinação do tempo em que se reputa praticado o delito tem relevância jurídica não somente para fixar a lei que o vai reger, mas também para: a) determinar a imputabilidade do agente; b) fixar as circunstâncias do tipo penal; c) verificar a incidência de causas de aumento de pena ou qualificadoras; d) dar oportunidade à prescrição etc.

Imaginemos um agente que, quando contava com 17 anos, 11 meses e 29 dias, tenha efetuado disparos contra a vítima, que veio a falecer cinco dias depois, sobrevivendo o resultado naturalístico. No caso, aplica-se as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) ou as do Código Penal?

Consideremos, ainda, que o agente tenha efetuado disparos contra a vítima, que foi conduzida ao hospital. Enquanto a vítima era submetida à intervenção médica, sobrevém uma lei penal introduzindo uma qualificadora que, em tese, se aplicaria ao caso. Logo depois, a vítima não resiste aos ferimentos e falece. A qualificadora introduzida no ordenamento jurídico incidirá ou não no caso concreto?

9.2 TEORIAS

Para dirimir essa questão do tempo do crime, três teorias se destacam: a) teoria da atividade; b) teoria do resultado; c) teoria da ubiquidade.

9.2.1 Teoria da atividade

Pela teoria da atividade, considera-se tempo do crime o momento da prática da conduta, mediante ação ou omissão, independentemente do momento do resultado. Assim, para essa teoria, reputa-se praticado o crime no momento da conduta, não importando o resultado.

Em relação ao crime de homicídio, por exemplo, reputa-se tempo do crime o momento da conduta do agente que efetuou disparos de arma de fogo, não importando o momento do resultado, com a morte da vítima.

9.2.2 Teoria do resultado

Para a teoria do resultado, pouco importa o momento da conduta, considerando-se como tempo do crime o momento da produção do resultado. Assim, no exemplo do crime de homicídio, o tempo do crime será o da ocorrência do resultado, com a morte da vítima, sendo irrelevante o momento da ação ou omissão do agente.

9.2.3 Teoria mista ou da ubiquidade

De acordo com esta teoria, considera-se tempo do crime tanto o momento da ação ou omissão, quanto o da produção do resultado. Assim, no exemplo do homicídio, reputa-se tempo do crime tanto o momento dos disparos de arma de fogo, quanto o momento da produção do resultado, com a morte da vítima.

9.2.4 Teoria aplicada

O Código Penal adotou a teoria da atividade, segundo a qual se reputa praticado o delito no momento da conduta, ou seja, no momento da ação ou omissão, não importando o instante do resultado. É o que se extrai da redação do art. 4º do CP. Assim, no caso do crime de homicídio, afigura-se relevante verificar o momento da ação ou omissão, com os disparos de arma de fogo, por exemplo, e não o momento do resultado, com a morte da vítima.

Diante disso, se, por exemplo, o agente, ao tempo da ação, contava com 17 anos, 11 meses e 29 dias de idade, efetua disparos de arma de fogo contra a vítima, que vem a falecer cinco dias depois, devemos indagar se incidirão as normas do Código Penal ou as normas relativas ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse caso, considerando-se a teoria da atividade, incidirão as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), uma vez que, ao tempo da ação, o agente era menor de 18 anos e, portanto, inimputável, não incidindo, assim, normas do Código Penal. Em outras palavras, ficará afastada a aplicação da lei penal, sendo o agente submetido a procedimento para apuração da prática de ato infracional e, se for o caso, à aplicação de medida socioeducativa.

Estabelecer o tempo do crime também ganha relevância para se verificar a incidência ou não de causas de aumento de pena ou qualificadora. Tomemos como exemplo o disposto no art. 121, § 4º, do CP. Por esse dispositivo, se o crime for praticado contra maior de 60 anos de idade, a pena será aumentada de 1/3. Imaginemos que, ao tempo da ação, a vítima contava com 59 anos, 11 meses e 25 dias, e vem a falecer 10 dias depois, por conta dos disparos de arma de fogo que lhe atingiram. Nesse caso, considerando que a ação foi praticada quando a vítima ainda não havia completado 60 anos de idade, não incidiria a norma do art. 121, § 4º, do CP, já que, para definição do tempo do crime, considera-se o momento da conduta, independentemente da produção do resultado.

Imaginemos outro exemplo: Um marido desalmado efetua disparos de arma de fogo contra a esposa no dia 7 de março de 2015, que ficou gravemente ferida. Enquanto a vítima estava no hospital, entrou em vigor a qualificadora do feminicídio (CP, art. 121, § 2º, VI), mais precisamente no dia 9 de março de 2015. Se a vítima falecer após essa data, não

incidirá a qualificadora do feminicídio, uma vez que deve ser considerada a norma penal vigente ao tempo da ação, e não a do tempo do resultado.

No caso do crime permanente, a consumação se prolonga no tempo. É considerado tempo do crime todo o período em que se desenvolver a atividade delituosa, aplicando-se a Súmula nº 711 do STF, considerando-se a lei penal incidente durante a atividade criminosa prolongada no tempo, ainda que mais severa.

Assim, se, ao tempo do início do sequestro, com a privação da liberdade da vítima, o agente era menor de idade, adquirindo a maioridade enquanto perdurava o sequestro, incidirão, no caso, as normas do Código Penal, uma vez que, não obstante o início da atividade delituosa quando inimputável, a execução e consumação do delito se prolongaram ao tempo em que completou 18 anos.

Sinala-se, por pertinente, que lei posterior mais benéfica poderá ser aplicada para alcançar determinado fato praticado, não por conta da incidência do tempo do crime, mas pela retroatividade da lei mais benéfica.

Assim, se, por exemplo, o agente desfere disparos contra vítima com idade de 59 anos, 11 meses e 25 dias, que vem a falecer 10 dias depois, por conta dos disparos de arma de fogo que lhe atingiram, sendo que, enquanto estava hospitalizado, sobreveio lei excluindo a majorante consistente em matar pessoa maior de 60 anos de idade, essa lei posterior retroagirá para beneficiar o réu, não pela aplicação da teoria do resultado, mas pela incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

9.2.5 Conclusão

Em síntese, a incidência da teoria da atividade e a verificação do tempo do crime ganha expressivo relevo, sobretudo em relação às seguintes hipóteses:

- a) deve ser aplicada a lei em vigor ao tempo da ação ou omissão, ou seja, ao tempo da conduta, salvo se, evidentemente, a norma penal vigente ao tempo do resultado for mais benéfica;
- b) verificação da inimputabilidade ou imputabilidade considerando o tempo da conduta;
- c) sobrevindo lei nova enquanto estiver em franca execução de crime permanente, aplica-se a lei nova, ainda que mais severa. Isso porque o crime permanente estava sendo praticado no momento da entrada em vigor da lei nova. Ou seja, aplica-se a lei vigente no momento da ação do agente, nos termos da Súmula nº 711 do STF;
- d) em relação ao crime continuado, conquanto sejam praticados vários crimes em sequência, considera-se, por ficção jurídica, como sendo crime único. Logo, se durante a prática dos crimes em continuidade delitiva sobrevier lei nova, aplicar-se-á esta, ainda que mais grave, também por força do disposto na Súmula nº 711 do STF.



*Para acesso ao vídeo,
utilize o QR Code ao lado.*