

EDUARDO FONTES

DIREITO PENAL

PARTE GERAL

2024

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

(Provisório)

CAPÍTULO 2

A lei penal

2.1. Fontes do direito penal

As fontes do Direito Penal se referem à sua origem, ou seja, de **onde emana o Direito Penal e de que maneira ele se exterioriza**.

As fontes do Direito Penal podem ser classificadas da seguinte forma:

- a) **Fonte material, substancial ou de produção** – diz respeito ao **órgão encarregado da produção** da norma (de onde emana o direito). Em nosso ordenamento jurídico, somente a **União** pode ser fonte de produção do Direito Penal (CF, art. 22, inc. I). Os estados-membros, os municípios e o Distrito Federal não estão autorizados a editar normas penais em sentido estrito, vale dizer, não podem criar ou revogar infrações penais, prever penas, aumentá-las ou diminuí-las.

A exceção vem prevista na própria Constituição Federal, mais precisamente no seu art. 22, parágrafo único, o qual prevê que a **lei complementar** poderá autorizar os estados-membros a produzirem leis penais sobre **questões específicas**, assim consideradas aquelas de interesse local do estado-membro. Porém, embora possam regular temas específicos, nenhum estado-membro está autorizado a legislar sobre **temas fundamentais** do direito penal (sobre o princípio da legalidade, sobre as causas de exclusão da ilicitude, sobre a configuração do delito etc.).

Fonte material (de onde emana o direito)

- **Regra: Competência privativa** da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I).
- **Exceção:** Os **estados** podem legislar sobre questões específicas de direito penal, desde autorizados por **lei complementar** (CF, art. 22, parágrafo único). Trata-se de **competência legislativa suplementar**.

b) **Formais, de conhecimento ou de cognição** – estão relacionadas às formas pelas quais o Direito Penal se exterioriza, ou seja, por meio de quais espécies normativas as normas incriminadoras ou não incriminadoras podem se manifestar (**onde o direito se revela**). As fontes formais são subclassificadas em:

- **Imediatas (ou primárias)** – Diante do princípio da legalidade, a lei é a única fonte imediata do direito penal. Somente a **lei em sentido estrito**, isto é, aquela emanada do Congresso Nacional, pode criar infrações penais (crimes e contravenções) e cominar as respectivas sanções (pena ou medida de segurança). Em regra, as normas penais incriminadoras são veiculadas em lei ordinária, mas nada impede que uma lei complementar o faça, a exemplo da Lei Complementar 105/2001¹.

A **Medida Provisória**, embora tenha força de lei, não pode criar infrações penais (CF, art. 62, § 1º, inciso I, “b”). Ainda que venha a ser convertida em lei pelo Poder Legislativo, não haverá convalidação. No entanto, o STF admite a edição de MP que contenha **disposições benéficas** ao réu², por entender que o princípio da reserva legal tem por fim proteger o indivíduo frente ao arbítrio estatal, merecendo flexibilização quando a norma for favorável ao agente. Na prática, tivemos algumas medidas provisórias editadas entre os anos de 2003 a 2008 trazendo sucessivas prorrogações de prazo para possuidores de arma de fogo providenciarem a sua regularização ou sua entrega. Nesse período, quem fosse encontrado na posse de arma irregular não poderia ser punido pelos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento. Essa “**abolitio criminis**” temporária evidencia os reflexos penais das medidas provisórias.

- **Mediatas (ou secundárias)** – são tradicionalmente consideradas fontes mediatas do Direito Penal: a Constituição Federal, a doutrina, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, os atos administrativos que complementam normas penais em branco, os costumes, os princípios do direito penal e a analogia *in bonam partem*. *As fontes formais mediatas ou secundárias jamais podem criar normas penais incriminadoras. Vamos analisá-las individualmente.*

Constituição Federal: É considerada **fonte mediata** do Direito Penal, pois, além de conter mandados de criminalização, prevê princípios penais e apresenta um rol de penas permitidas e proibidas.

1. Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

2. STF, Tribunal Pleno. RE 254.818/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. em 9/12/2002.

Doutrina: As obras produzidas pelos juristas desempenham papel relevante na interpretação e compreensão do ordenamento jurídico, razão pela qual também são consideradas **fontes mediatas** do Direito Penal.

Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos: São considerados **fontes mediatas** do Direito Penal. Diante do princípio da reserva legal, tratados e convenções não podem criar infrações penais para o **direito interno** (somente no âmbito do direito internacional). *Aliás, antes do advento das Leis n. 12.694/2012 e 12.850/13, responsáveis por definirem organização criminosa em nosso ordenamento jurídico, o STF entendeu pela impossibilidade de se adotar internamente o conceito de organização criminosa previsto na Convenção de Palermo³. Mais recentemente, o STJ decidiu que a tipificação de crime contra a humanidade depende da edição de lei em sentido formal, não sendo possível internalizar a conduta prevista no Estatuto de Roma, mesmo cuidando de Tratado internalizado⁴.*

Atos administrativos: Quando funcionam como complemento de normas penais em branco, são considerados **fontes mediatas** do Direito Penal, já que produzem reflexos no sentido e alcance dos tipos penais. É o que se verifica na Portaria 344/98 da ANVISA, que elenca o rol de drogas proibidas em nosso ordenamento jurídico, complementando os tipos incriminadores da Lei n. 11.343/06.

Costumes: São **fontes mediatas** do Direito Penal. Diante do princípio da legalidade, os costumes não podem criar infrações penais. Também não se admite o chamado **costume abolicionista**, pois uma lei só pode ser revogada por outra lei (LINDB, art. 2º). Mas é inegável que os costumes possuem uma missão importante no Direito Penal. Em algumas situações, produzem reflexos na **interpretação e aplicação** da lei penal. O costume interpretativo é denominado **costume secundum legem**. No crime de furto, por exemplo, o conceito de repouso noturno varia conforme o costume local. Da mesma forma, o crime de ato obsceno (CP, art. 233) sofre forte influência pelo contexto regional e cultural. A nudez em desfile de rua no carnaval é um comportamento reiterado, observado e admitido pela população brasileira, em uma permissividade que seria reprimida na quaresma⁵.

3. STF, 1ª Turma. HC 96.007/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/06/2012.

4. STJ, 3ª Seção. REsp 1.798.903-RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/09/2019.

5. JUNIOR, Miguel Reale. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 81.

Costume Incriminador	Costume abolicionista	Costume interpretativo
Não se admite	Não se admite	Admite-se
A lei é o único instrumento normativo capaz de criar infrações penais e cominar as respectivas sanções (princípio da legalidade)	O costume não pode revogar uma lei penal ⁶	É o denominado costume secundum legem.

Princípios de Direito Penal: Também são considerados **fontes mediatas** do Direito Penal. Houve grande ascensão dos princípios nos últimos anos, ficando reconhecido o seu *status* de normas jurídicas. A insignificância, por exemplo, passou de tema acadêmico quase sem relevância prática para a ordem do dia nos tribunais, afastando a tipicidade material de diversas condutas. Outros princípios, como o da legalidade, proporcionalidade e da individualização da pena, também têm sido empregados com frequência pelo Poder Judiciário, trazendo reflexos diversos na seara criminal⁷.

Analogia in bonam partem: Também pode ser considerada **fonte mediata**, na medida em que revela o direito penal em favor do agente quando há lacuna legislativa.

A jurisprudência é considerada fonte mediata ou imediata do direito penal? Há duas correntes que disputam o assunto.

1ª corrente: Para a doutrina clássica, é fonte mediata, sendo reconhecida a força dos precedentes jurisprudenciais, como se observa no CPC, art. 927, que relaciona as hipóteses nas quais a jurisprudência figura como modo de exteriorização do direito penal. Outro exemplo comumente citado é o CPP, art. 315, § 2º, VI.⁸

2ª corrente: A doutrina mais moderna considera a jurisprudência como fonte imediata do Direito Penal, a exemplo do que ocorre com as súmulas vinculantes. O verbete de nº 24, a propósito, disciplina a atipicidade de crime contra a ordem tributária quando pendente o lançamento definitivo do tributo⁹. Até mesmo

6. De acordo com o STJ, manter casa de prostituição (CP, art. 229) é crime que deve ser punido (HC 99.144/RJ, Rei. Min. Og Fernandes, 65 Turma, j. 04/11/2008). No mesmo sentido, o jogo do bicho continua sendo típico enquanto não for revogado por outra lei.

7. ALVES, Jamil Chaim. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial**. Salvador. Editora JusPodivm. 2020. p. 144-145.

8. CPP, art. 315 (...) § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - Deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

9. SV, 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

uma decisão não vinculante pode ser considerada como fonte formal imediata. É o caso do crime continuado (CP, art. 71), cujos contornos atuais dados pelos tribunais limitam a continuidade no tempo (trinta dias entre as infrações) e no espaço (mesma comarca ou comarcas vizinhas), além de estabelecer um requisito subjetivo para sua incidência (dolo global ou unitário). Filiamo-nos a essa corrente. Reforçando essa tese, o STF firmou o entendimento no sentido de que as condutas homofóbicas (LGBTfobia) constituem crime de racismo, sustentando, assim, a nossa posição¹⁰.

Fontes do Direito Penal	
Material, substancial ou de produção	É o órgão encarregado da produção da norma, somente a União pode ser fonte de produção do Direito Penal (CF, art. 22, inc. I). Os Estados têm competência legislativa suplementar para editar leis complementares sobre questões específicas de direito penal (CF, art. 22, parágrafo único).
Formal, de conhecimento ou de cognição	Espécies normativas pelo qual o direito penal se exterioriza
	<p>Imediata. Diante do princípio da legalidade, a lei em sentido estrito (pode ser lei complementar) é a única fonte imediata do direito penal. Obs.: STF admite a edição de MP que contenha disposições benéficas ao réu.</p> <p>Mediata. Constituição Federal, a doutrina, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, os atos administrativos que complementam normas penais em branco, os costumes, os princípios do direito penal e a analogia <i>in bonam partem</i>.</p>

2.2. Interpretação da lei penal (sujeito, modo e resultado)

Interpretar significa buscar o alcance e o sentido das normas jurídicas. A ciência que disciplina esse estudo é a **hermenêutica**. A atividade de interpretar a lei é chamada de **exegese**.

A interpretação é uma atividade intrínseca à atuação dos operadores do direito, e não se limita a desvendar pontos dúbios e obscuros da lei. O contraste entre o dinamismo frenético da sociedade em que vivemos e a rigidez dos diplomas normativos demanda processo exegético constante, mesmo que o texto legal, em sua aparência, seja suficientemente claro. A própria operação de subsunção de um fato concreto a determinado tipo penal exige uma dose de atividade interpretativa. Desse modo, podemos observar que a máxima *in claris cessat interpretatio* (que

10. STF, ADO 26 e MI 4733, julgadas em 13/06/2019.

em linhas gerais significa: havendo clareza, cessa a interpretação), não é a regra em nosso sistema jurídico.

A interpretação da lei penal pode ser classificada da seguinte forma:

Quanto ao sujeito:

- a) **Autêntica ou legislativa:** realizada pelo próprio legislador, por meio de lei. É também chamada de interpretativa e tem natureza obrigatória. Possui eficácia retroativa, mesmo quando mais gravosa. A interpretação autêntica se subdivide em: **contextual**, quando o texto interpretativo está no bojo do diploma legal a ser interpretado, ou **posterior**, situação em que o texto interpretativo consta de outra lei, editada em momento posterior. Ex.: o conceito de funcionário público, previsto no art. 327 do Código Penal.
- b) **Doutrinária ou científica:** é aquela realizada pelos juristas e estudiosos do Direito Penal por meio de suas obras, palestras etc. Embora contribua de maneira notável para a aplicação da lei, não possui natureza cogente. Exemplo: Código Penal comentado.
- c) **Judicial ou jurisprudencial:** é a interpretação realizada pelos magistrados na **análise de casos** que lhe são apresentados, a exemplo das súmulas dos Tribunais Superiores. É preciso ter cuidado, porque se o Presidente de um Tribunal, em palestra proferida em seminário para magistrados de todo o Brasil, interpreta uma lei penal recém-publicada, tal interpretação não será considerada judicial ou jurisprudencial, pois não estará julgando um caso concreto. Trata-se de nítida interpretação doutrinária. De maneira geral, a interpretação judicial **não é obrigatória**, mas possui natureza cogente em duas hipóteses:
 - **Caso concreto** apreciado, julgado e coberto pela coisa julgada (“inter partes”);
 - **Súmulas vinculantes**, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, por força do art. 103-A da Constituição Federal.

Exposição de Motivos do Código Penal pode ser considerada uma interpretação autêntica?

Não. Conquanto a Exposição de Motivos acompanhe a lei, constitui exemplo de interpretação doutrinária, pois não foi votada e aprovada pelo Congresso Nacional. Também não são consideradas forma de interpretação autêntica contextual as rubricas e epígrafes dos títulos e capítulos do Código Penal, que servem apenas como elementos de interpretação.

Quanto ao modo:

- a) **Literal ou gramatical:** é a mais precária de todas. Suas bases são eminentemente linguísticas e busca interpretar a lei a partir do **sentido literal** das palavras.
- b) **Teleológica:** é a mais profunda das interpretações, porque busca desvendar a **genuína vontade manifestada** na lei.
- c) **Histórica:** procura compreender o sentido da lei por meio de uma análise do **contexto** em que foi editada. Leva-se em conta o antecedente social que motivou a criação da norma.
- d) **Sistemática:** analisa a norma em **conjunto com todo** o arcabouço jurídico, harmonizando-a com o sistema¹¹.
- e) **Progressiva:** visa a **adaptar a lei de acordo com a evolução da sociedade**. Obviamente, a interpretação que se dá atualmente ao “ato obsceno” não é a mesma da década de 1940.

Quanto ao resultado

- a) **Declarativa:** resulta da perfeita sintonia entre a letra da lei e a vontade do legislador, sem ampliar ou diminuir-lhe o espectro de incidência.
- b) **Restritiva:** ocorre quando a letra da lei é mais ampla do que a vontade do legislador. A interpretação busca **restringir** o alcance da fórmula legal. Ex.: o art. 28, inciso II, do Código Penal dispõe que a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade. Entretanto, o dispositivo deve ser interpretado restritivamente, de modo a excluir a embriaguez patológica, hipótese que se enquadra no art. 26 do referido diploma.
- c) **Extensiva:** ocorre quando a lei disse menos do que deveria dizer. A interpretação **amplia** o alcance da fórmula legal excessivamente estreita. Ex.: o crime de extorsão mediante sequestro, tipificado no art. 159 do Código Penal, também abrange a extorsão mediante cárcere privado.

A interpretação extensiva é admitida no Direito Penal?

O tema é polêmico:

1ª corrente: Sim, por se tratar de mera atividade interpretativa que busca o efetivo alcance da lei, admite-se a interpretação extensiva até mesmo em relação às normas de natureza incriminadora. É a nossa posição e a que prevalece na doutrina (Guilherme Nucci¹², Paulo Queiroz¹³, Luiz Régis Prado¹⁴).

11. O art. 25 da Lei de Contravenções Penais não foi recepcionado pela CF/88. STF. Plenário. RE 583523/RS e RE 755565/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgados em 3/10/2013. (Info 722).

12. NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 149-150.

13. QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 148.

14. PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1 - Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 217.

2ª corrente: Como decorrência lógica do princípio da legalidade, admite-se apenas a interpretação extensiva que favorece o réu. A interpretação em matéria penal, em se tratando de incriminar, deve ser declarativa ou restritiva¹⁵. Apesar de minoritária na doutrina, conta com precedentes do STF¹⁶ e do STJ¹⁷.

CLASSIFICAÇÃO DAS FORMAS DE INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

Interpretação analógica (*intra legem*)

Na interpretação analógica (*intra legem*), tendo em vista a impossibilidade de prever de maneira expressa no texto legal uma infinidade de circunstâncias que podem permear o caso concreto, o legislador lança mão de uma técnica específica para garantir que a lei possa acobertar as mais variadas hipóteses, dando-lhe, assim, certa maleabilidade. Para tanto, a lei apresenta em seu texto uma **fórmula casuística**, que logo após é seguida por uma **fórmula genérica**.

Ex.: homicídio qualificado mediante paga, promessa de recompensa (fórmula casuística) ou outro motivo torpe (fórmula genérica) - CP, art. 121, § 2º, I.

A norma não é capaz de identificar de antemão todos os motivos torpes que eventualmente impulsionariam um homicídio, mas explicita que todas as circunstâncias que tenham relação de semelhança com a paga e a promessa de recompensa poderão configurar motivo torpe para fins penais.

► ATENÇÃO!

Podemos notar que a **interpretação extensiva e a interpretação analógica** ampliam o campo de incidência da lei, a fim de que possa abrigar situações não previstas de modo expreso pelo legislador. A diferença essencial entre ambas reside na técnica legislativa: caso se verifique a existência de uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica, será **interpretação analógica**. Se a ampliação do escopo da norma for realizada a despeito do não emprego de tal técnica legislativa, estaremos diante de uma **interpretação extensiva**.

Interpretação *sui generis*

A par dessas classificações, temos ainda a **interpretação *sui generis***, que se subdivide em exofórica (fora do arcabouço normativo) e endofórica (dentro do arcabouço normativo):

15. GARCIA, Basileu, **Instituições de Direito penal**, v. 1. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 216.

16. STF, 1ª Turma. RHC 85217/SP, Rel. Min. Eros Grau, j.02/08/2005; STJ, 6ª Turma. HC 476/315, Rel. Min. Celso Limongi, j. 17/12/2009.

17. STJ, 5ª Turma. EDcl no AgRg no HC 651.765/SP, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021.

- a) **Exofórica:** O prefixo **-exo-** significa fora. Logo, na interpretação exofórica o significado da norma não é encontrado no arcabouço normativo. É o que se dá com o erro de tipo. Como não existe norma esclarecendo o significado da palavra “tipo” prevista no CP, art. 20¹⁸, coube à doutrina essa definição (e não a lei). Em resumo, são os doutrinadores que explicam e conceituam o tipo.
- b) **Endofórica:** O prefixo **-endo-** significa dentro. Por essa razão, na interpretação endofórica a norma é interpretada por meio de outros textos extraídos do próprio arcabouço normativo, como ocorre nas normas penais em branco. Ex.: A palavra “drogas” prevista nos tipos penais incriminadores da Lei n. 11.343/06 é interpretada de acordo com a Portaria 344/98 da ANVISA.

Interpretação objetiva e subjetiva

Por fim, a doutrina tradicional também costuma classificar a interpretação da lei penal em objetiva e subjetiva.

- a) **Interpretação objetiva:** tem por finalidade descobrir a vontade da lei (*mens legis*);
- b) **Interpretação subjetiva:** visa a compreender a vontade do legislador (*mens legislatoris*) quando editou a lei.

Tal divisão é rechaçada atualmente. Por força do princípio da legalidade, o parâmetro de interpretação das normas deve ser somente o texto da lei penal, vale dizer, o intérprete deve buscar sempre a vontade da lei e não a vontade daquele que a elaborou.

2.3. Analogia

O ordenamento jurídico não é um sistema fechado e impermeável. A realidade se desdobra em inúmeras variáveis, e o direito não é capaz de prever cada particularidade que os fatos podem assumir na vida cotidiana. Esses espaços não abrangidos pela norma são denominados **lacunas jurídicas**, e a analogia desempenha importante papel no preenchimento dessas lacunas.

A analogia, prevista no art. 4º da LINDB, é uma **forma de autointegração** da norma, e consiste em aplicar, a um caso não previsto de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado¹⁹. Deriva da máxima *ubi eadem ratio*,

18. CP, Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do **tipo** legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

19. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 461.

ibi eadem legis dispositio, que significa: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

Portanto, a analogia parte de **dois pressupostos**:

- a) existência de lacuna no ordenamento jurídico (não há lei que regule uma situação concreta específica);
- b) relação de semelhança entre uma hipótese regulada pela norma e a situação concreta não prevista em lei.

A analogia é forma de interpretação ou de aplicação da lei?

A analogia consiste em **aplicar determinada disposição legal a uma situação não prevista em lei**, desde que a hipótese regulada na norma e o caso concreto guardem entre si uma relação de semelhança. O operador do direito se vale da analogia quando não há lei específica a regular o caso concreto. A partir dessas premissas, infere-se que a **analogia é forma de aplicação da lei**, uma vez que ninguém pode interpretar uma lei inexistente.

Por força do princípio da legalidade, o Direito Penal não admite a utilização da **analogia in malam partem**. Por conseguinte, o intérprete da norma jamais poderá se valer da analogia com a finalidade de incriminar conduta ou agravar a reprimenda do agente. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Caso o legislador quisesse punir de forma mais gravosa também o fato de o agente dirigir com a carteira de habilitação vencida, teria feito expressa alusão, assim como fez - no parágrafo único do art. 302 - em relação àquele que comete homicídio culposo na direção de veículo automotor sem permissão para dirigir ou sem carteira de habilitação.

No Direito Penal, não se admite a analogia in malam partem, de modo que não se pode inserir no rol das circunstâncias que agravam a pena (art. 302, § 1º) também o fato de o agente cometer homicídio culposo na direção de veículo automotor com carteira de habilitação vencida.²⁰

Por sua vez, a **analogia in bonam partem**, aquela utilizada em benefício do agente, é admitida no Direito Penal. Exemplificativamente: o art. 128, inciso II do Código Penal deixa de punir o médico que pratica aborto com o consentimento da gestante se a gravidez resultar de estupro. Mediante a aplicação analógica desse dispositivo, é possível estender a eximente aos casos em que o médico interrompe gravidez decorrente de violação sexual mediante fraude (CP, art. 215).

A analogia pode ser classificada como **analogia legis** e **analogia juris**.

20. STJ, 6ª Turma. HC 226.128/TO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 07/04/2015.

- a) **Analogia legis:** há a aplicação de uma norma específica a um caso semelhante que não foi expressamente regulado pelo ordenamento jurídico.
- b) **Analogia juris:** o operador precisa se valer de um complexo de princípios extraídos do sistema jurídico como um todo. Segundo a doutrina, a analogia *juris* é a autêntica analogia, pois, na aplicação do direito, ainda que o objeto de apreciação seja um fato específico ou uma norma individualmente considerada, nunca se pode prescindir da análise sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Para encerrar este tópico, é importante destacar as diferenças entre analogia e interpretação analógica. À primeira vista, podem parecer processos similares, mas, na realidade, possuem distinções relevantes, como veremos no quadro a seguir:

ANALOGIA	INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA
É forma de aplicação da norma	É forma de interpretação da norma
Possui função integrativa	Possui função interpretativa
Supre a vontade da lei, posto que esta é inexistente. A lei foi omissa/lacunosa ao tratar de determinado assunto	Embora falte expressão literal, a vontade da lei existe. A aplicação da interpretação analógica é determinada pelo próprio texto legal, mediante a utilização de técnica legislativa específica (fórmula casuística seguida de fórmula genérica)
Não se aplica às normas penais incriminadoras	Pode ser aplicada às normas penais incriminadoras

2.4. Características e classificações da lei penal

2.4.1 Teoria das normas de Karl Binding

Compulsando a parte especial do Código Penal, é possível notar que o legislador utilizou uma técnica incomum na redação das normas incriminadoras: primeiramente, descreve a conduta; em seguida, determina a pena aplicável caso o comportamento descrito seja praticado. A norma possui, portanto, dois preceitos. Tomemos como exemplo o art. 121 do Código Penal:

O preceito primário (*preceptum iuris*) é a porção do dispositivo que descreve minuciosamente a conduta indesejada. O preceito secundário (*sanctio iuris*) estabelece a reprimenda, cominando a pena em abstrato.

A lei penal é **descritiva** ao estabelecer quais condutas serão consideradas delituosas, e **não proibitiva**. A redação do preceito primário do art. 121 poderia ser: “não matar” ou “é proibido matar”, mas o Código Penal adotou a **técnica de proibição indireta**, idealizada por **Karl Binding**. Desse modo, embora não haja

uma proibição expressa na lei, extrai-se que o comportamento ali descrito é indesejado pelo fato de sua prática configurar pressuposto para aplicação da pena.

Segundo a teoria das normas de Binding, há uma diferença fundamental entre norma e lei penal: “a norma cria o ilícito, a lei cria o delito. A conduta criminosa viola a norma, mas não a lei, pois o agente realiza exatamente a ação que esta descreve”.

Em resumo, o criminoso na realidade não viola a lei penal, e sim a proposição que lhe prescreve o modelo de sua conduta, que é um preceito não escrito.

TÉCNICA DE PROIBIÇÃO INDIRETA - KARL BINDING	
Lei Penal	Cria o delito .
	É descritiva e não proibitiva, ou seja, matar alguém é uma conduta descrita no tipo penal que funciona como pressuposto para aplicação da pena e esse raciocínio é de onde se extrai a “norma”, pois a proibição “não matar alguém” é um preceito não escrito.
Norma	Cria o ilícito .
	O ilícito é o produto da interpretação da lei penal, que, quando violado pela conduta criminosa atrai o preceito secundário que é sanção penal. Portanto, se o agente realizar a conduta descrita “matar alguém” receberá a sanção do preceito secundário, mas, veja, o agente não necessariamente violou o preceito primário, pois este não traz uma conduta proibitiva, ele apenas realiza o que ali está descrito.

2.4.2. Classificação das leis penais

As leis penais podem ser classificadas da seguinte forma:

- a) **Incriminatoras:** Descrevem condutas e cominam penas. Podem ser encontradas na parte especial do Código Penal. Ex. CP, art. 155 (crime de furto).
- b) **Não incriminatoras:** Não descrevem condutas, nem cominam penas. Podem ser subdivididas em:
 - **Permissivas ou justificantes:** são as causas de exclusão da ilicitude, pois elencam situações em que a prática de um fato típico é permitido. Podem ser encontradas na parte geral e na parte especial do Código Penal. Ex.: art. 23 (causas de exclusão da ilicitude) e CP, art. 128 (aborto legal), ambos do Código Penal.
 - **Exculpantes ou dirimentes ou eximentes:** são as causas de exclusão da culpabilidade e de extinção da punibilidade. Podem ser encon-

tradas na parte geral e na parte especial do Código Penal. Ex.: art. 26 (inimputabilidade), art. 107 (causas de extinção da punibilidade) e art. 312, § 3º, 1ª parte (reparação do dano antes da sentença no crime de peculato culposo), todos do Código Penal.

- **Interpretativas ou explicativa:** interpretam o significado de conteúdos ou conceitos de outras normas. Ex.: art. 327 (conceito de funcionário público), art. 150, § 4º (conceito de casa no crime de violação de domicílio), ambos do Código Penal.
 - **Complementares:** estabelecem regras para aplicação das leis penais, delimitando seu campo de incidência. Ex.: CP, art. 5º (territorialidade).
 - **De aplicação ou complementares:** delimitam a validade da norma incriminadora. Ex.: CP, art. 2º CP (*abolitio criminis*).
 - **Diretivas:** contém os princípios diretivos que regulam determinado instituto ou matéria. Ex.: CP, art. 1º (princípio da legalidade e da anterioridade).
 - **Integrativas ou de extensão:** complementam a tipicidade quando a conduta do agente não se enquadra perfeitamente à descrição da norma penal incriminadora. Ex.: art. 14, I (tentativa – norma de extensão temporal²¹), art. 13, § 2º (omissão imprópria – norma de extensão causal) e art. 29 (concurso de pessoas – norma de extensão pessoal), todos do Código Penal.
- c) **Completas ou perfeitas:** a lei define todos os elementos da conduta criminosa. Ex.: CP, art. 213 (crime de estupro).
- d) **Incompletas ou imperfeitas:** alguns elementos da conduta criminosa são definidos por outro ato normativo (normas penais em branco) ou pelo juízo de valor do julgador (tipos penais abertos, normalmente caracterizados por expressões como “indevidamente”, “sem justa causa”; e, em regra, nos crimes culposos). Ex.: crimes previstos na Lei de Drogas (norma penal em branco) e art. 153 (crime de divulgação de segredo), ambos do Código Penal.

21. A tentativa é exemplo de norma de extensão temporal por permitir a aplicação da lei penal a um momento anterior à consumação, pois o indivíduo inicia a execução do crime, mas não consuma o delito por motivos alheios a sua vontade. Para que este indivíduo responda pelo crime é necessária uma adequação típica por subordinação mediata ou tipicidade indireta, do qual se conjugam o delito que o indivíduo visava cometer com norma de extensão temporal para que haja a perfeita subsunção ao tipo penal, uma vez que, por exemplo, não vem descrito no preceito primário: “tentar matar alguém”.

Incrimadoras	Descrevem condutas e cominam penas. Podem ser encontradas na parte especial do Código Penal.	
Não incrimadoras	Não descrevem condutas, nem cominam penas. Podem ser subdivididas em:	Permissivas Exculpantes Interpretativas Complementares De aplicação, finais ou complementares Diretivas Integrativas ou de extensão
Completas ou perfeitas	A lei define todos os elementos da conduta criminosa.	
Incompletas ou imperfeitas	Alguns elementos da conduta criminosa são definidos por outro ato normativo (normas penais em branco) ou pelo juízo de valor do julgador (tipos penais abertos).	

2.5. Conflito aparente de normas

Trata-se de criação doutrinária e jurisprudencial. Recebe essa denominação porque o conflito envolvendo a incidência de duas ou mais normas penais sobre um mesmo fato é fictício, restrito ao plano da aparência, pois, de fato, não existe.

2.5.1. Conceito

O conflito aparente de normas configura-se quando, em tese, aparenta-se possível a aplicação de duas ou mais normas penais a um único fato. **Ex.:** A importação de drogas ilícitas, que, à primeira vista, pode subsumir-se ao crime de contrabando, previsto no art. 334-A do Código Penal, ou crime de tráfico ilícito de drogas, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06. Aqui o conflito é apenas **aparente**, resolvendo-se pelo princípio da especialidade, pois o tráfico de drogas é especial em relação ao contrabando.

2.5.2. Expressões sinônimas

O conflito aparente de normas também é conhecido como concurso aparente de leis penais, concurso ideal impróprio ou concurso aparente de tipos.

2.5.3. Requisitos

- a) **unidade de fato;**
- b) **pluralidade de leis penais;**
- c) **vigência simultânea de todas elas.**

2.5.4. Finalidade

- a) **Evitar o “bis in idem”** (a dupla punição é implicitamente vedada pelo sistema jurídico, como exigência de **justiça**). Não se admite, pelo mesmo fato, mais de uma punição.
- b) **Manter coerente o ordenamento jurídico**: em virtude da falta de precisão técnica do nosso legislador, esse conflito não é algo incomum. No entanto, se existem leis incompatíveis, o sistema **deve** apresentar uma solução, pois o Direito não tolera antinomias (Norberto Bobbio).

2.5.5. Princípios que solucionam o conflito aparente de normas

- a) **Especialidade**;
- b) Subsidiariedade;
- c) Consunção ou absorção; e
- d) Alternatividade.

2.5.5.1. Princípio da especialidade

Significa que a norma especial prevalece em relação à norma geral (*lex specialis derogat generali*).

► IMPORTANTE

A comparação das leis é feita no **plano abstrato** e não se leva em consideração a gravidade da pena (é possível que a lei especial tenha pena mais branda do que a geral). Há uma **relação de gênero e espécie** entre as normas.

Lei especial é aquela que contém todos os dados típicos da lei geral, e também outros, denominados **especializantes**, que podem prever uma circunstância agravadora ou atenuante. Ex.: supondo que uma mãe, sob a influência do estado puerperal, mate o seu próprio filho, há dois tipos penais que aparentemente se aplicam ao caso: homicídio (CP, art. 121) e infanticídio (CP, art. 123). Em uma análise superficial, o fato praticado pela mãe parece corresponder ao crime de homicídio, pois matou o próprio filho. Contudo, o tipo penal que trata do infanticídio contém, além das elementares previstas no art. 121 do Código Penal, outros elementos considerados mais específicos. No caso do infanticídio temos os seguintes elementos especializantes:

- ato praticado pela mãe;
- durante ou logo após o parto;
- sob a influência do estado puerperal;
- tendo como vítima o próprio filho.

Nessa circunstância, aplicaremos a norma que prevê o crime de infanticídio, porque é considerada especial em relação ao homicídio. Note que, após uma análise mais detida, torna-se fácil constatar que o conflito é apenas aparente. Outro exemplo: homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor. Nesse caso, incide o art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual apresenta elementos mais específicos (sendo, portanto, lei especial) do que o tipo penal que prevê o homicídio culposo, no art. 121, § 3º, do CP.

Tipo fundamental ou básico e tipo derivado: O tipo fundamental é aquele que descreve os requisitos essenciais de uma ofensa ao bem jurídico (ex.: o art. 121, *caput*, do CP é o tipo fundamental do crime de homicídio) e é excluído pelo qualificado ou privilegiado, em razão do princípio da especialidade. Os tipos penais derivados possuem todos os elementos do tipo básico, além dos especializantes que possuem uma relação de dependência com o tipo fundamental. Dessa forma, o furto privilegiado e o qualificado prevalecem sobre o simples.

2.5.5.2. Princípio da subsidiariedade

A lei primária derroga a subsidiária (*lex primaria derogat subsidiariae*).

A norma primária é a que descreve um tipo penal maior, ao passo que a subsidiária descreve apenas parte dele (a norma subsidiária está contida na primária). Assim, quando não for possível a aplicação da norma primária (tipo maior), o operador deve socorrer-se da subsidiária (tipo menor). A lei subsidiária, nas palavras de Nelson Hungria, funciona como um “soldado de reserva”, e somente será utilizada quando a lei primária não tiver incidência. Aplica-se sempre a lei mais grave.

► IMPORTANTE

Ao contrário do princípio da especialidade, cuja análise é feita em abstrato, no princípio da subsidiariedade a análise deve ser feita no **caso concreto**. Repare que não há elementos especializantes, mas a descrição de um fato mais abrangente e mais grave.

Espécies:

A subsidiariedade pode ser **tácita ou expressa**:

- **Tácita (implícita):** a subsidiariedade tácita pode ser verificada após a análise dos tipos penais. Não sendo possível aplicar o preceito principal, aplica-se o subsidiário. Na prática, tal operação acarreta na desclassificação. **Ex.:** na impossibilidade de enquadrar a conduta do agente como tráfico ilícito de drogas (Lei nº 11.343/06, art. 33), o delito é desclassi-

ficado para a posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 do mesmo diploma legal). Nessa hipótese, o art. 28 atua como um soldado de reserva.

- **Expressa (explícita):** alguns tipos penais fazem expressa menção a sua aplicação subsidiária, a exemplo do crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem, previsto no art. 132 do CP. Observe que próprio preceito secundário faz menção ao seu caráter subsidiário (Pena: detenção... “**se o fato não constitui crime mais grave**”). Em outras palavras, o dispositivo estatui que somente haverá incidência do tipo penal ali descrito se não restar configurado outro crime de maior gravidade.

2.5.5.3. Princípio da consunção ou da absorção

Esse princípio está ligado à prática de **atos preparatórios ou crimes-meio**, que ensejam a prática de outro delito (*lex consumens derogat consuptione*). A regra da consunção estabelece que a norma que abarca todo o desvalor atribuído pelo ordenamento jurídico a um caso concreto tem precedência sobre outra que somente abriga parte desse desvalor²².

Dessa maneira, verifica-se a consunção quando um crime é meio indispensável à execução de outro, ou fase normal de sua preparação. Há a prática de uma primeira infração (crime-meio), que será absorvida por uma infração posterior (crime-fim). O que rege o princípio da consunção não é a especialidade da norma, mas sim a amplitude e gravidade dos delitos, pois o crime mais amplo e mais grave absorve o menos amplo e menos grave.

► IMPORTANTE

Não há conflito entre normas, mas **entre fatos**, sendo que o mais grave absorve o menos grave.

No julgamento de um caso em que os agentes faziam uso de um estabelecimento de fachada para vender medicamentos falsificados, dentre os quais havia substâncias psicotrópicas, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio da consunção para afastar a incidência do art. 33 da Lei de Drogas, prevalecendo unicamente a condenação pelo crime tipificado no art. 273 do Código Penal, conforme podemos observar no excerto do julgado:

Em que pese haver sido constatado que parte do material apreendido e periciado contém substâncias psicotrópicas constantes da Portaria n. 344, de 12/5/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, capazes de causar dependência – conduta que, em princípio, se amolda ao tipo descrito no art. 33,

22. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 201.

caput, da Lei n. 11.343/2006 -, não há como subsistir a condenação dos acusados em relação ao crime de tráfico de drogas, de forma autônoma.

Um dos requisitos do concurso aparente de normas penais e do princípio da consunção consiste, justamente, na pluralidade de normas aparentemente aplicáveis a uma mesma hipótese. Isso acarreta a necessidade de que o caso concreto preencha, aparente e completamente, a estrutura essencial de todas as normas incriminadoras.

Não obstante, à primeira vista, a valoração dos fatos postos em discussão aponte, em tese, para o possível cometimento, em concurso, dos crimes de tráfico de drogas e de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, certo é que o fato rendeu a prática de um único crime. Isso porque a intenção criminosa dos recorrentes era, em última análise, a de adquirir, ter em depósito, guardar, prescrever especificamente “produtos terapêuticos ou medicinais”, utilizando-se, para tal finalidade, de estabelecimento comercial.

Não se mostra plausível sustentar a prática de dois crimes distintos e em concurso material quando, em um mesmo cenário fático, se observa que a intenção criminosa era dirigida para uma única finalidade, perceptível, com clareza, ante os assentados de maneira incontroversa pelo acórdão recorrido.

No universo de medicamentos ou de substâncias ilegais que eram manipulados, prescritos, alterados ou comercializados, foram apreendidas algumas que estão previstas em portaria da Secretaria de Vigilância Sanitária como substâncias psicotrópicas no Brasil (diazepam, zopiclona, zolpidem, bromazepam). Ou seja, trata-se de continente que abarcava, em seu conteúdo, substâncias que, em princípio, caracterizariam o tráfico de drogas.

Nessa conduta dirigida a comercializar ilegalmente medicamentos destinados a fins terapêuticos e medicinais, sucedeu de haver substâncias que ora não possuíam registro no órgão de vigilância sanitária, ora estavam elencadas na lista de substâncias psicotrópicas da Portaria SVS/MS n. 344/1998, ora possuíam princípios ativos controlados, ora tiveram a alteração de suas cápsulas, para dar a aparência de que manipulados fossem.

Os fatos materializados demonstraram ser a conduta dos recorrentes, desde o início de sua empreitada, orientada para, numa sucessão de eventos e sob a fachada de uma farmácia, falsificar, vender e manter em depósito para venda produtos falsificados destinados a fins terapêuticos e medicinais. Essa unidade de valor jurídico da situação de fato justifica, no caso concreto, a aplicação de uma só norma penal.

Inequívoco que o fato aparentemente compreendido na norma incriminadora afastada (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) encontra-se, na inteireza da sua estrutura e do seu significado valorativo, na estrutura do crime regulado pela norma que, no caso, será prevalente (art. 273 do Código Penal).²³

23. STJ, 6ª Turma. REsp 1.537.773-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogério Scnietti Cruz, j. 16/08/2016.