

MARCELO ANDRÉ DE AZEVEDO
ALEXANDRE SALIM

DIREITO PENAL

PARTE GERAL

INCLUI

- Questões de concursos
- Quadros de ATENÇÃO com partes importantes destacadas pelos autores
- Farta jurisprudência do STF e STJ
- Diversas tabelas, esquemas e gráficos
- Palavras-chave marcadas em outra cor

CONFORME

- Lei 13.546/2017 - Altera dispositivos do CTB sobre crimes de trânsito
- Lei 13.531/2017 - Dá nova redação ao crime de dano qualificado contra o patrimônio público
- Lei 13.497/2017 - Torna hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito
- Lei 13.445/2017 - Lei de Migração
- Lei 13.441/2017 - Infiltração de agentes de polícia em ambiente virtual
- Lei 13.440/2017 - Estipula pena obrigatória de perda de bens e valores em razão da prática dos crimes tipificados no art. 244-A do ECA
- Lei 13.431/2017 - Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência

coleção
SINOPSES
para **concursos**

Coordenação
Leonardo Garcia

1

8.^a edição

2018

revista, ampliada e atualizada



EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Sumário

Parte I INTRODUÇÃO

Capítulo I ► DIREITO PENAL.....	31
1. Conceito de Direito Penal.....	31
1.1. Conceito formal.....	31
1.2. Conceito social.....	31
2. Denominações específicas do Direito Penal.....	31
2.1. Direito Penal objetivo e Direito Penal subjetivo.....	31
2.2. Direito Penal de culpabilidade e Direito Penal de periculosidade.....	32
2.3. Direito Penal do fato, Direito Penal do autor e Direito Penal do fato que considera o autor.....	32
2.4. Direito Penal primário (clássico) e Direito Penal secundário (extravagante ou penal administrativo).....	33
2.5. Direito Penal de duas velocidades (<i>Direito Penal nuclear e Direito Penal periférico</i>).....	33
2.6. Direito Penal de terceira velocidade.....	34
2.7. Direito Penal do inimigo.....	34
2.8. Direito Penal de quarta velocidade ou neopunitivismo....	35
2.9. Direito Penal de emergência, Direito Penal simbólico e Direito Penal promocional.....	36
2.10. Direito Penal subterrâneo e Direito Penal paralelo.....	37
2.11. Direito Penal Internacional.....	38
3. Funções do Direito Penal.....	38
3.1. Função de proteção de bens jurídicos.....	38
3.2. Função de garantia de vigência da norma.....	38
3.3. Outras funções.....	39
4. Bem jurídico-penal e Constituição.....	39
4.1. Conceito e evolução do conceito de bem jurídico.....	39
4.2. Bem jurídico-penal constitucional.....	40
5. Garantismo penal.....	41
6. Ciências criminais (noção conjunta do Direito Penal).....	43
6.1. Criminologia.....	43
6.2. Política criminal.....	43
6.3. Dogmática penal.....	44
7. Modelos de política criminal.....	44
7.1. Abolicionismo penal (política criminal verde).....	44
7.2. Abolicionismo moderado ou minimalismo penal.....	44
7.3. Direito Penal máximo (eficientismo penal).....	45

Capítulo II ▶ PRINCÍPIOS PENAIS E POLÍTICO-CRIMINAIS.....	47
1. Princípio da legalidade penal	47
1.1. Previsão	47
1.2. Origem	47
1.3. Denominação e alcance.....	47
1.4. Funções	49
2. Princípio da fragmentariedade	51
3. Princípio da subsidiariedade	52
4. Princípio da ofensividade (<i>nullum crimen sine iniuria</i>)	54
5. Princípio da insignificância	57
5.1. Noção	57
5.2. Critérios.....	61
5.3. Princípio da insignificância no STF e no STJ	63
6. Princípio da culpabilidade.....	71
7. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.....	72
8. Princípio da materialização do fato (<i>nullum crimen sine actio</i>).....	72
9. Princípio da pessoalidade ou da intranscendência da pena.....	73
10. Princípio da humanidade	74
11. Princípio da adequação social.....	74
12. Princípio da proporcionalidade (proibição do excesso).....	75
13. Princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente).....	78
Capítulo III ▶ DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO.....	83
1. Introdução.....	83
2. Expansão do Direito Penal	84
2.1. Espiritualização do bem jurídico	84
2.2. Aumento dos crimes de perigo abstrato	86
2.3. Delitos de acumulação e delitos de transgressão e a administrativização do Direito Penal	86
3. Novas formas de tutela dos bens jurídicos supraindividuais	87
3.1. Direito de intervenção.....	88
3.2. Direito Penal de velocidades	88

Parte II

LEI PENAL E SUA APLICAÇÃO

Capítulo I ▶ FONTES DO DIREITO PENAL	93
1. Fontes materiais (substanciais ou de produção)	93
2. Fontes formais	93
2.1. Fonte formal imediata	93
2.2. Fontes formais mediatas	93
3. Constituição como limite e fundamento do Direito Penal.....	94
4. Tratados internacionais de direitos humanos	95
4.1. Status normativo	95
4.2. Tratados como limite e fundamento do Direito Penal.....	95

4.3.	Controle de convencionalidade das leis.....	97
4.3.1.	Controle difuso de convencionalidade.....	97
4.3.2.	Controle concentrado de convencionalidade.....	97
Capítulo II ► LEI PENAL.....		99
1.	Introdução.....	99
2.	Norma primária e norma secundária.....	99
3.	Classificação da lei penal.....	100
3.1.	Leis penais incriminadoras e não incriminadoras.....	100
3.2.	Lei penal em branco (norma cega).....	100
3.2.1.	Conceito.....	100
3.2.2.	Lei penal em branco em sentido amplo (lato), imprópria, homogênea ou homóloga.....	101
3.2.2.1.	Lei penal em branco homovitelínea e heterovitelínea.....	101
3.2.3.	Lei penal em branco em sentido estrito, própria ou heterogênea.....	102
3.2.4.	(In)constitucionalidade das leis penais em bran- co em sentido estrito.....	103
3.3.	Lei penal em branco inversa ou ao avesso.....	103
4.	Características da lei penal.....	104
5.	Lei penal e processo de criminalização.....	104
5.1.	Merecimento de tutela penal.....	105
5.2.	Necessidade e adequação da tutela penal.....	105
6.	Lei penal e mandados constitucionais de criminalização.....	107
6.1.	Mandados constitucionais de criminalização expressos...	107
6.2.	Mandados constitucionais de criminalização implícitos....	108
7.	Lei penal e Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	109
8.	Lei penal: vigência e validade.....	109
9.	Interpretação das leis penais.....	110
9.1.	Classificação quanto à origem ou quanto ao sujeito.....	110
9.2.	Classificação quanto aos meios.....	111
9.3.	Classificação quanto ao resultado.....	111
9.4.	Interpretação analógica (<i>intra legem</i>).....	112
10.	Analogia (argumento analógico ou aplicação analógica).....	113
Capítulo III ► LEI PENAL NO TEMPO.....		115
1.	Tempo do crime (<i>tempus commissi delicti</i>).....	115
1.1.	Introdução.....	115
1.2.	Teorias.....	115
2.	Vigência da lei penal.....	116
3.	Conflito de leis penais no tempo.....	117
3.1.	Introdução.....	117
3.2.	Lei nova mais severa (<i>novatio legis in pejus – lex gravior</i>).	117
3.3.	Lei nova mais benéfica (<i>novatio legis in mellius – lex mi- tior</i>).....	120

3.4.	<i>Abolitio criminis</i>	121
3.4.1.	Descriminalização	121
3.4.2.	<i>Abolitio criminis</i> temporária	121
3.4.3.	Princípio da descontinuidade normativo-típica ..	122
3.5.	Lei nova incriminadora	122
3.6.	Combinação de leis penais (<i>lex tertia</i>).....	123
3.7.	Lei intermediária	124
4.	Lei excepcional e lei temporária.....	124
4.1.	Conceito legal.....	124
4.2.	Divergência acerca da constitucionalidade.....	125
4.3.	Conflito no tempo de lei penal temporária ou excepcional com lei da mesma natureza	126
4.4.	Lei penal em branco e alteração da norma que complementa o tipo	126
5.	Conflito aparente de leis penais.....	127
5.1.	Princípio da especialidade	127
5.2.	Princípio da subsidiariedade	129
5.3.	Princípio da consunção.....	129
5.4.	Princípio da alternatividade	132
Capítulo IV ► LEI PENAL NO ESPAÇO		135
1.	Territorialidade	135
1.1.	Princípio da territorialidade relativa ou mitigada.....	135
1.2.	Conceito de território nacional	135
1.3.	Questões pontuais	137
2.	Lugar do crime (<i>locus commissi delicti</i>).....	137
3.	Extraterritorialidade	139
3.1.	Extraterritorialidade incondicionada	139
3.2.	Extraterritorialidade condicionada	140
3.3.	Princípios norteadores da extraterritorialidade	141
3.4.	Extraterritorialidade prevista na Lei nº 9.455/97 (tortura)	144
4.	Pena cumprida no estrangeiro.....	144
5.	Lei penal em relação às pessoas.....	144
5.1.	Imunidades Diplomáticas.....	144
5.2.	Imunidades Parlamentares.....	145
5.3.	Presidente da República.....	148
5.4.	Outras inviolabilidades	149
Capítulo V ► DISPOSIÇÕES FINAIS SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....		151
1.	Eficácia da sentença estrangeira	151
2.	Contagem de prazo	152
3.	Frações não computáveis de pena	152
4.	Aplicação das normas gerais do Código Penal	152

Parte III

TEORIA GERAL DO CRIME

Capítulo I ► INTRODUÇÃO		155
1.	Conceito de crime.....	155

2. Classificação doutrinária dos crimes	156
2.1. Crime simples, crime qualificado e crime privilegiado	156
2.2. Crime comum, crime próprio e crime de mão própria.....	157
2.3. Crime militar	157
2.4. Crime instantâneo, crime permanente e crime instantâneo de efeitos permanentes	157
2.5. Crime habitual.....	158
2.6. Crime comissivo, crime omissivo e crime de conduta mista	158
2.7. Crime monossujeito e crime plurissujeito.....	159
2.8. Crime unissubsistente e crime plurissubsistente.....	160
2.9. Crime consumado, crime tentado e crime exaurido	160
2.10. Crime de ação única e crime de ação múltipla	160
2.11. Crime material, crime formal e crime de mera conduta...	160
2.12. Crime de dano e crime de perigo.....	161
2.13. Crime complexo	162
2.14. Crime mono-ofensivo e crime pluri-ofensivo.....	162
2.15. Crime vago	163
2.16. Crime funcional	163
2.17. Crime transeunte e crime não transeunte.....	163
2.18. Crime condicionado	164
2.19. Crime de atentado ou de empreendimento.....	164
2.20. Crime acessório	164
2.21. Crime subsidiário.....	164
2.22. Crime de ímpeto.....	164
2.23. Crime de opinião ou de palavra.....	165
2.24. Crime remetido.....	165
2.25. Crime de hermenêutica ou de interpretação	165
2.26. Crimes de tendência interna transcendente (delitos de intenção).....	165
2.27. Crimes de resultado cortado ou antecipado.....	165
2.28. Crimes mutilados de dois atos.....	166
2.29. Crimes de tendência intensificada (ou somente delitos de tendência).....	166
2.30. Crimes de acumulação (crimes cumulativos).....	166
2.31. Crimes de transgressão	167
2.32. Crime à distância ou de espaço máximo.....	167
2.33. Crime plurilocal.....	167
2.34. Crime em trânsito (ou em circulação).....	167
2.35. Crime de trânsito (ou de circulação)	167
2.36. Crime no trânsito	167
2.37. Crime de alucinação	168
2.38. Crime de ensaio, delito de laboratório, crime putativo por obra do agente provocador.....	168
2.39. Crime de concurso (de participação ou concursal) e crimes em concurso.....	168
2.40. Crimes aberrantes	168

2.41.	Crimes infamantes	168
2.42.	Crime político	169
2.43.	Crimes naturais, crimes meramente plásticos e crimes vazios	169
2.44.	Delitos de esquecimento ou de olvidamento	171
3.	Sujeitos ativo e passivo	171
4.	Objeto do crime	172
Capítulo II ► CONDUTA.....		173
1.	Introdução.....	173
2.	Conceito de conduta	174
3.	Teorias da conduta	175
3.1.	Teoria causal-naturalista – Concepção clássica (positivista-naturalista de Von Liszt e Beling).....	175
3.2.	Teoria causal-valorativa ou neokantista – Concepção neoclássica (normativista).....	176
3.3.	Teoria finalista – Concepção finalista (ôntico-fenomenológica).....	177
3.4.	Teoria social da ação	180
3.5.	Orientações funcionalistas (teleológico-funcional e racional)	180
4.	Características e elementos da conduta.....	183
5.	Formas de conduta.....	184
6.	Ausência de conduta	184
Capítulo III ► RESULTADO		187
1.	Resultado naturalístico	187
2.	Resultado normativo	189
3.	Resultado previsto no art. 13, <i>caput</i> , do Código Penal.....	189
Capítulo IV ► NEXO DE CAUSALIDADE		191
1.	Conceito	191
2.	Teoria da equivalência dos antecedentes causais	191
3.	Limites ao regresso <i>ad infinitum</i> ou complemento à teoria <i>conditio sine qua non</i>	192
3.1.	Análise de dolo ou culpa	193
3.2.	Imputação objetiva (breve noção).....	194
3.3.	Considerações finais acerca dos limites do nexa causal ..	195
4.	Espécies de causas.....	195
4.1.	Causas absolutamente independentes.....	195
4.1.1.	Causa preexistente absolutamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, <i>caput</i>).....	195
4.1.2.	Causa concomitante absolutamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, <i>caput</i>).....	196

4.1.3.	Causa superveniente absolutamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, <i>caput</i>).....	196
4.2.	Causas relativamente independentes.....	196
4.2.1.	Causa preexistente relativamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, <i>caput</i>).....	196
4.2.2.	Causa concomitante relativamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, <i>caput</i>).....	197
4.2.3.	Causa superveniente relativamente independente que não causa, por si só, o resultado.....	197
4.2.4.	Causa superveniente relativamente independente que causa, por si só, o resultado (art. 13, § 1º) ...	198
5.	Nexo de causalidade nos crimes omissivos.....	200
5.1.	Introdução.....	200
5.2.	Crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão)...	201
5.3.	Crime omissivo por comissão	206
Capítulo V ► TIPICIDADE		209
1.	Tipicidade formal (legal)	209
1.1.	Conceito	209
1.2.	Principais fases da tipicidade	209
1.3.	Tipo penal	211
1.3.1.	Elementos do tipo penal incriminador.....	211
1.3.2.	Funções do tipo.....	213
1.4.	Formas de adequação típica	213
2.	Tipicidade material.....	214
3.	Tipicidade conglobante.....	215
3.1.	Concepção original de tipicidade conglobante.....	215
3.2.	Nova concepção de tipicidade penal.....	219
4.	Teoria da imputação objetiva	220
4.1.	Considerações iniciais	220
4.2.	Postulados segundo Roxin.....	223
4.2.1.	Criação do risco juridicamente relevante não permitido.....	223
4.2.1.1.	Noção.....	223
4.2.1.2.	Exclusão da imputação	224
4.2.2.	Realização do risco	226
4.2.2.1.	Noção.....	226
4.2.2.2.	Exclusão da imputação	226
4.2.3.	Alcance do tipo	227
4.2.3.1.	Noção.....	227
4.2.3.2.	Exclusão da imputação	228
Capítulo VI ► TIPO DOLOSO		231
1.	Definição de dolo	231

2. Teorias sobre o dolo	231
2.1. Teoria da vontade.....	231
2.2. Teoria do assentimento ou consentimento.....	232
2.3. Teoria da indiferença.....	232
2.4. Teorias da representação.....	232
3. Elementos do dolo	233
4. Espécies de dolo	234
4.1. Dolo direto e dolo indireto	234
4.2. Dolo genérico e dolo específico.....	240
4.3. Dolo normativo e dolo natural.....	240
4.4. Dolo geral (<i>dolus generalis</i>)	241
5. Elementos subjetivos especiais.....	242
5.1. Conceito	242
5.2. Delitos de tendência interna transcendente (delitos de intenção).....	243
5.2.1. Crimes de resultado cortado ou antecipado	244
5.2.2. Crimes mutilados ou atrofiados de dois atos.....	244
5.3. Delitos de tendência intensificada (ou somente delitos de tendência).....	245
Capítulo VII ▶ TIPO CULPOSO	247
1. Conceito	247
2. Elementos do tipo culposo.....	248
2.1. Conduta voluntária	248
2.2. Inobservância do dever objetivo de cuidado (desvalor da ação).....	248
2.3. Previsibilidade	249
2.4. Resultado naturalístico involuntário	251
2.5. Nexo causal	251
2.6. Tipicidade.....	251
3. Modalidades de culpa	251
3.1. Imprudência	251
3.2. Negligência	251
3.3. Imperícia	252
4. Espécies de culpa	252
4.1. Culpa inconsciente e culpa consciente.....	252
4.2. Culpa própria e culpa imprópria	252
5. Compensação de culpas.....	253
6. Concorrência de crimes culposos	253
7. Diferença entre dolo e culpa	253
Capítulo VIII ▶ CRIME PRETERDOLOSO	257
1. Conceito	257
2. Crime qualificado pelo resultado.....	258
3. Tentativa e crime preterdoloso.....	258
Capítulo IX ▶ FASES DA REALIZAÇÃO DO DELITO	259
1. <i>Iter criminis</i>	259

2. Crime consumado.....	262
3. Tentativa.....	263
3.1. Conceito e natureza jurídica	263
3.2. Pena da tentativa	265
3.3. Classificação.....	267
3.3.1. Tentativa imperfeita e tentativa perfeita	267
3.3.2. Tentativa incruenta (branca) e tentativa cruenta (vermelha).....	268
3.3.3. Tentativa fracassada	269
3.4. Infrações que não admitem a tentativa.....	269
4. Desistência voluntária e arrependimento eficaz.....	272
4.1. Introdução.....	272
4.2. Desistência voluntária	272
4.3. Arrependimento eficaz	273
4.4. Natureza jurídica.....	276
4.5. Requisitos.....	277
4.6. Tentativa qualificada.....	278
5. Arrependimento posterior	280
5.1. Definição legal e natureza jurídica.....	280
5.2. Requisitos.....	281
5.3. Causa de diminuição de pena (<i>quantum</i>).....	283
5.4. Outras hipóteses de reparação do dano.....	283
6. Crime impossível	284
6.1. Introdução e natureza jurídica.....	284
6.2. Teorias.....	285
6.3. Ineficácia absoluta do meio de execução.....	286
6.4. Absoluta impropriedade do objeto material.....	288
6.5. Flagrante preparado.....	288
Capítulo X ► ILICITUDE (ANTI JURIDICIDADE)	291
1. Introdução.....	291
1.1. Conceito	291
1.2. Ilicitude formal e ilicitude material	292
1.3. Causas legais de exclusão da ilicitude	292
1.4. Causas supralégais de exclusão da ilicitude.....	293
2. Estado de necessidade	294
2.1. Conceito legal.....	294
2.2. Requisitos.....	294
2.2.1. Perigo atual	294
2.2.2. Ameaça a direito próprio ou alheio.....	295
2.2.3. Situação de perigo não causada voluntariamente pelo sujeito	295
2.2.4. Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo (§ 1º).....	295
2.2.5. Inevitabilidade da prática do fato lesivo (<i>nem podia de outro modo evitar</i>)	296

2.2.6.	Inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado (cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se).....	296
2.2.7.	Elemento subjetivo do tipo permissivo.....	297
2.3.	Formas de estado de necessidade	298
2.4.	Teorias.....	299
2.4.1.	Teoria diferenciadora.....	299
2.4.2.	Teoria unitária (adotada pelo CP)	300
3.	Legítima defesa.....	300
3.1.	Requisitos.....	300
3.1.1.	Agressão	300
3.1.2.	Agressão injusta	300
3.1.3.	Agressão atual ou iminente	302
3.1.4.	Defesa de direito próprio ou alheio	302
3.1.5.	Repulsa com os “meios necessários”.....	303
3.1.6.	Uso moderado	303
3.1.7.	Elemento subjetivo do tipo permissivo.....	303
3.1.8.	Erro de execução na legítima defesa	304
3.2.	Excesso.....	305
3.2.1.	Excesso voluntário (excesso doloso).....	305
3.2.2.	Excesso involuntário.....	305
3.2.3.	Excesso exculpante	305
3.2.4.	Excesso extensivo.....	306
3.2.5.	Excesso intensivo	306
3.3.	Outras formas de legítima defesa	307
3.3.1.	Legítima defesa sucessiva.....	307
3.3.2.	Legítima defesa putativa.....	307
3.3.3.	Legítima defesa subjetiva	308
3.4.	Questões específicas.....	309
4.	Estrito cumprimento de dever legal	310
5.	Exercício regular de direito.....	312
6.	Situações específicas	313
6.1.	Intervenções médicas e cirúrgicas	313
6.2.	Violência esportiva	313
6.3.	Ofendículos.....	314
Capítulo XI ► CULPABILIDADE		315
1.	Introdução.....	315
2.	Evolução da culpabilidade (teorias)	316
2.1.	Teoria psicológica	316
2.2.	Teoria normativa ou psicológico-normativa	317
2.3.	Teoria normativa pura	317
2.4.	Modernas teorias da culpabilidade	319
3.	Imputabilidade	320
3.1.	Conceito	320
3.2.	Excludentes da imputabilidade (inimputabilidade).....	320
3.2.1.	Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.....	320

3.2.2.	Menoridade	322
3.2.3.	Embriaguez completa acidental.....	322
3.3.	Causas não excludentes da imputabilidade	323
3.3.1.	Semi-imputabilidade	323
3.3.2.	Emoção e paixão.....	325
3.3.3.	Embriaguez não acidental (voluntária ou culposa)	325
3.3.4.	Embriaguez acidental incompleta.....	327
4.	Potencial consciência da ilicitude	328
4.1.	Conceito	328
4.2.	Excludente da potencial consciência da ilicitude	329
4.3.	Não excludente da potencial consciência da ilicitude.....	329
5.	Exigibilidade de conduta diversa	330
5.1.	Conceito	330
5.2.	Coação moral irresistível.....	331
5.2.1.	Requisitos.....	331
5.2.2.	Efeitos.....	332
5.3.	Obediência hierárquica.....	333
5.3.1.	Requisitos.....	333
5.3.2.	Efeitos.....	334
5.4.	Causas supralégais de inexigibilidade de conduta diversa.	335
5.4.1.	Introdução	335
5.4.2.	Cláusula de consciência	335
5.4.3.	Desobediência civil	336
5.4.4.	Conflito de deveres.....	336
6.	Coculpabilidade	337
7.	Vulnerabilidade (culpabilidade pela vulnerabilidade).....	338
7.1.	Criminalização primária e secundária. Da cifra oculta da criminalidade	338
7.2.	Seletividade e vulnerabilidade	338
7.3.	Culpabilidade pela vulnerabilidade.....	339
Capítulo XII ► ERRO DE TIPO		341
1.	Erro de tipo essencial	341
1.1.	Conceito	341
1.2.	Formas e efeitos.....	343
1.2.1.	Erro de tipo inevitável, invencível ou escusável.	343
1.2.2.	Erro de tipo evitável, vencível ou inescusável....	343
2.	Descriminantes putativas por erro de tipo	344
2.1.	Introdução.....	344
2.2.	Erro sobre a situação de fato de uma discriminante.....	344
2.3.	Formas e efeitos	345
2.3.1.	Erro inevitável, invencível ou escusável.....	345
2.3.2.	Erro evitável, vencível ou inescusável	345
2.4.	Natureza jurídica (discussão doutrinária) do erro sobre os pressupostos fáticos.....	346
3.	Erro provocado por terceiro.....	349

4.	Erro de tipo acidental	350
4.1.	Erro sobre a pessoa – <i>error in persona</i>	350
4.2.	Erro sobre o objeto – <i>error in objecto</i>	350
4.3.	Erro acerca do nexa causal (desvio do nexa causal).....	351
4.4.	Erro na execução – <i>aberratio ictus</i>	351
4.5.	Resultado diverso do pretendido – <i>aberratio criminis</i> ou <i>delicti</i>	352
5.	Erro de tipo e delito putativo	352
Capítulo XIII ► ERRO DE PROIBIÇÃO		353
1.	Conceito	353
2.	Formas e efeitos do erro de proibição	354
2.1.	Erro de proibição inevitável, invencível ou escusável	354
2.2.	Erro de proibição evitável, vencível ou inescusável	354
2.3.	Erro de proibição grosseiro (crasso).....	355
3.	Erro de proibição direto	356
4.	Erro de proibição indireto	356
5.	Outras espécies de erro.....	358
5.1.	Erro de compreensão.....	358
5.2.	Erro culturalmente condicionado	358
5.3.	Erro culturalmente condicionado e o índio	359
5.4.	Erro de mandamento	360
5.5.	Erro de subsunção.....	360
5.6.	Erro de punibilidade.....	360
5.7.	Erro de vigência.....	360
5.8.	Erro de eficácia.....	360

Parte IV

CONCURSO DE PESSOAS

CAPÍTULO ÚNICO		363
1.	Introdução.....	363
2.	Requisitos do concurso de pessoas.....	363
2.1.	Pluralidade de agentes e condutas	363
2.2.	Relevância causal e jurídica de cada uma das condutas..	364
2.3.	Vínculo subjetivo entre os agentes	366
2.4.	Identidade de infração penal	367
3.	Teorias sobre o concurso de pessoas	367
3.1.	Teoria monística, monista, unitária ou igualitária (<i>concursus plurium ad idem delictum</i>).....	367
3.2.	Teoria pluralista (teoria da cumplicidade-delito distinto ou da autonomia da concorrência).....	368
3.3.	Teoria dualística ou dualista.....	369
4.	Autoria	370
4.1.	Conceitos de autor	370
4.1.1.	Conceito unitário de autor.....	370
4.1.2.	Conceito extensivo de autor.....	370
4.1.3.	Teoria subjetiva	370

4.1.4.	Conceito restritivo de autor	371
4.1.4.1.	Introdução	371
4.1.4.2.	Teoria objetivo-formal	371
4.1.4.3.	Teoria objetivo-material.....	372
4.1.5.	Teoria do domínio do fato.....	372
4.1.5.1.	Histórico	372
4.1.5.2.	Autor.....	373
4.1.5.3.	Teoria do domínio do fato na juris- prudência e doutrina brasileiras.....	376
4.2.	Autoria imediata	378
4.3.	Autoria mediata	378
4.3.1.	Noção.....	378
4.3.2.	Situações de autoria mediata.....	379
4.3.3.	Situações peculiares	381
4.3.3.1.	Crime próprio e autoria mediata	381
4.3.3.2.	Crime de mão própria e autoria me- diata	381
4.3.3.3.	Crime culposo e autoria mediata.....	382
4.3.3.4.	Coação física irresistível e autoria mediata	382
4.4.	Autoria de escritório ou aparatos organizados de poder (teoria do domínio da organização).....	383
4.4.1.	Noção.....	383
4.4.2.	Fundamentos do domínio da organização.....	384
4.4.3.	Modelos de aparatos de poder	385
4.5.	Autoria de determinação	386
4.6.	Autoria colateral	387
4.7.	Autoria incerta ou autoria colateral incerta	387
4.8.	Autoria ignorada	387
4.9.	Autoria acessória (secundária) ou autoria colateral com- plementar	387
4.10.	Autoria de reserva.....	388
4.11.	Coautoria sucessiva	388
4.12.	Autoria sucessiva	389
4.13.	Coautoria alternativa	389
4.14.	Atuação em nome de outrem.....	389
4.15.	Autoria por convicção.....	390
4.16.	Autoria intelectual.....	390
5.	Participação	390
5.1.	Introdução.....	390
5.2.	Formas (induzimento, instigação e auxílio)	391
5.3.	Natureza jurídica da participação.....	392
5.4.	Participação de menor importância.....	394
5.5.	Participação por omissão	394
5.6.	Participação criminal mediante ações neutras.....	395
5.7.	Participação de participação (participação em cadeia ou participação mediata)	395

5.8.	Participação sucessiva e <i>alias facturus</i>	396
5.9.	Participação negativa (conivência).....	396
5.10.	Participação em ação alheia	397
6.	Cooperação dolosamente distinta	397
7.	Comunicabilidade de elementares e circunstâncias	399
7.1.	Elementares e circunstâncias	399
7.2.	Natureza das elementares e circunstâncias	400
7.3.	Da (in)comunicabilidade das elementares e circunstâncias	400
8.	Casos de impunibilidade	402
8.1.	Não execução do crime	402
8.2.	Desistência voluntária ou arrependimento eficaz do autor	402
9.	Questões complementares	403
9.1.	Concurso de pessoas em crime omissivo próprio (puro).	403
9.2.	Concurso de pessoas em crime omissivo impróprio	404
9.3.	Concurso de pessoas em crime culposos.....	405
9.4.	Autoria colateral em crimes culposos.....	406
9.5.	Concurso de pessoas em crimes próprios e de mão própria.....	407
9.6.	Agravantes no caso de concurso de pessoas.....	408
9.7.	Concurso de pessoas e infanticídio	408

Parte V SANÇÃO PENAL

Capítulo I ► INTRODUÇÃO	411
1. Conceito	411
2. Finalidades da pena	412
2.1. Teorias absolutas (retributivas)	412
2.2. Teorias relativas (preventivas ou utilitárias)	412
2.2.1. Prevenção geral (negativa e positiva).....	413
2.2.2. Prevenção Especial (positiva e negativa).....	413
2.3. Teorias unificadoras, unitárias, ecléticas ou mistas	414
3. Princípios fundamentais	414
3.1. Princípio da legalidade estrita ou da reserva legal	414
3.2. Princípio da anterioridade da lei.....	415
3.3. Princípio da aplicação da lei mais favorável.....	415
3.4. Princípio da individualização da pena	415
3.5. Princípio da humanidade	416
3.6. Princípio da pessoalidade, personalidade ou intranscendência da pena.....	416
3.7. Princípio da suficiência da pena	416
3.8. Princípio da proporcionalidade da pena.....	416
3.9. Princípio da necessidade concreta de pena e princípio da irrelevância penal do fato	417
4. Classificação das penas.....	418

Capítulo II ► PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	419
1. Espécies	419
2. Regimes de cumprimento da pena	420
2.1. Espécies de regime.....	420
2.2. Regime disciplinar diferenciado.....	421
2.2.1. Características	421
2.2.2. Hipóteses de cabimento	421
2.2.3. Isolamento preventivo.....	421
2.2.4. Legitimidade do pedido e competência para aplicação	422
2.2.5. (In)constitucionalidade do RDD.....	422
2.3. Fixação do regime inicial.....	423
2.4. Regime inicial na legislação especial	429
2.4.1. Crimes hediondos e equiparados	429
2.5. Direito de cumprir a pena no estabelecimento penal adequado.....	430
3. Progressão de regime	432
3.1. Regra geral.....	432
3.2. Crime hediondo	434
3.3. Falta grave e progressão.....	435
3.4. Regressão.....	436
3.5. Nova condenação e progressão.....	437
4. Regras dos regimes	437
4.1. Regras do regime fechado (CP, art. 34).....	437
4.2. Regras do regime semiaberto (CP, art. 35)	438
4.3. Regras do regime aberto (CP, art. 36).....	439
4.4. Regime especial para mulher (CP, art. 37)	440
4.5. Direitos do preso.....	441
4.6. Trabalho do preso	441
4.7. Superveniência de doença mental.....	441
5. Remição	442
5.1. Conceito e regras gerais.....	442
5.2. Regime aberto, livramento condicional e preso provisório.....	444
5.3. Competência	444
5.4. Remição e falta grave	445
6. Detração.....	446
6.1. Regra geral.....	446
6.2. Detração paralela e princípio da <i>conta corrente</i>	447
6.3. Penas restritivas de direito ou de multa e detração	448
6.4. Detração e prescrição	448
6.5. Detração e medidas socioeducativas	448
6.6. Liberdade provisória, medidas cautelares e detração	449
6.7. Detração e regime inicial.....	449

Capítulo III ▶ APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	453
1. Pena-base (1ª fase).....	455
1.1. Regras gerais	455
1.2. Circunstâncias judiciais	457
1.2.1. Culpabilidade	457
1.2.2. Antecedentes.....	459
1.2.3. Conduta social.....	462
1.2.4. Personalidade	463
1.2.5. Motivos.....	464
1.2.6. Circunstâncias.....	465
1.2.7. Consequências do crime	465
1.2.8. Comportamento da vítima	467
2. Circunstâncias atenuantes e agravantes (2ª fase).....	468
2.1. Introdução.....	468
2.2. Concurso de agravantes e atenuantes	471
2.3. Circunstâncias agravantes	472
2.3.1. Rol do art. 61 do Código Penal.....	472
2.3.2. Agravantes no concurso de pessoas.....	476
2.3.3. Questões pontuais.....	478
2.3.4. Reincidência	480
2.3.4.1. Conceito.....	480
2.3.4.2. Espécies.....	481
2.3.4.3. Efeitos da reincidência	481
2.3.4.4. Sistema da temporariedade.....	482
2.3.4.5. Reincidência do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais.....	484
2.3.4.6. Questões pontuais	485
2.4. Circunstâncias atenuantes.....	489
2.4.1. Rol das atenuantes (art. 65 do CP).....	489
2.4.2. Atenuante inominada (art. 66 do CP).....	493
3. Causas de aumento e de diminuição (3ª fase).....	493
Capítulo IV ▶ PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.....	499
1. Introdução.....	499
1.1. Espécies	499
1.2. Natureza jurídica.....	500
1.3. Classificação	501
1.4. Duração	501
1.5. Penas restritivas de direitos e suspensão dos direitos políticos.....	502
2. Regras para a aplicação.....	502
2.1. Requisitos para a substituição	502
2.2. Questões pontuais	504
2.3. Formas ou critérios de aplicação.....	506
3. Conversão (art. 44, § 4º e 5º).....	508
3.1. Descumprimento injustificado da restrição imposta	508

3.2.	Nova condenação	508
3.3.	Questões pontuais	509
4.	Penas restritivas de direitos em espécie	509
4.1.	Prestação pecuniária (art. 45, § 1º).....	509
4.2.	Perda de bens e valores (art. 45, § 3º).....	510
4.3.	Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 46).....	511
4.4.	Interdição temporária de direitos (CP, art. 47).....	511
4.5.	Limitação de fim de semana (art. 48).....	513
Capítulo V ▶ PENA DE MULTA		515
1.	Conceito	515
2.	Cominação	515
3.	Cumulação de multas	515
4.	Legitimidade ativa da execução da multa	516
5.	Conversão da multa em detenção.....	516
6.	Fases da fixação da pena de multa	516
Capítulo VI ▶ CONCURSO DE CRIMES		519
1.	Conceito	519
2.	Sistemas de aplicação da pena	519
3.	Concurso material (ou real).....	520
3.1.	Conceito	520
3.2.	Espécies	520
3.3.	Aplicação das penas.....	520
4.	Concurso formal (ou ideal)	521
4.1.	Conceito	521
4.2.	Concurso formal perfeito ou próprio.....	521
4.2.1.	Conceito.....	521
4.2.2.	Aplicação das penas	522
4.2.3.	Concurso material benéfico	524
4.3.	Concurso formal imperfeito ou impróprio.....	524
4.3.1.	Conceito.....	524
4.3.2.	Aplicação das penas	526
5.	Crime continuado	526
5.1.	Conceito	526
5.2.	Requisitos.....	527
5.3.	Teorias.....	528
5.3.1.	Teoria puramente objetiva	528
5.3.2.	Teoria objetivo-subjetiva.....	528
5.4.	Natureza jurídica.....	529
5.5.	Espécies	530
5.6.	Aplicação das penas (regra geral)	531
5.7.	Aplicação das penas (questões pontuais)	533
6.	Pontos relevantes sobre o concurso de crimes	534

7. Erro na execução (<i>aberratio ictus</i>)	536
7.1. Conceito	536
7.2. Espécies	536
8. Resultado diverso do pretendido (<i>aberratio criminis</i>)	538
9. Limites das penas privativas de liberdade	539
9.1. Tempo máximo de cumprimento	539
9.2. Nova condenação	540
9.3. Regra sobre os benefícios	540
Capítulo VII ► SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA	543
1. Introdução	543
2. Sistemas	543
2.1. Sistema franco-belga (europeu continental)	543
2.2. Sistema anglo-americano (<i>probation system</i>)	544
2.3. Sistema do <i>probation of first offenders act</i>	544
3. Requisitos	544
3.1. Requisitos objetivos	544
3.2. Requisitos subjetivos	544
4. Espécies	545
5. Condições	546
6. Período de prova	546
7. Revogação	547
7.1. Revogação obrigatória (art. 81, I a III)	547
7.2. Revogação facultativa (art. 81, § 1º)	548
8. Cassação	548
9. Prorrogação do período de prova	548
10. Extinção da pena	549
11. Questões específicas	549
Capítulo VIII ► LIVRAMENTO CONDICIONAL	551
1. Conceito	551
2. Requisitos	551
2.1. Requisitos objetivos	551
2.2. Requisitos subjetivos	553
3. Procedimento	555
4. Condições	555
5. Revogação e seus efeitos	556
5.1. Revogação obrigatória	556
5.2. Revogação facultativa	557
6. Prorrogação / suspensão	558
7. Extinção da pena	558
8. Quadro para fixação	560
Capítulo IX ► EFEITOS DA CONDENAÇÃO	563
1. Efeitos principais	563
2. Efeitos secundários	563
2.1. Efeitos secundários de natureza penal	563

2.2.	Efeitos secundários de natureza extrapenal	564
2.2.1.	Genéricos (aplicação automática)	564
2.2.2.	Específicos (CP, art. 92).....	566
2.3.	Suspensão dos direitos políticos.....	569
2.4.	Outros efeitos secundários de natureza extrapenal	572
Capítulo X ► REABILITAÇÃO		577
1.	Finalidade	577
2.	Requisitos (CP, art. 94) e processamento.....	577
Capítulo XI ► MEDIDAS DE SEGURANÇA		579
1.	Introdução.....	579
2.	Espécies de medidas de segurança.....	579
3.	Imposição da medida de segurança.....	581
3.1.	Inimputável (art. 26, <i>caput</i>)	581
3.2.	Semi-imputável (art. 26, parágrafo único)	581
3.3.	Superveniência de doença mental.....	582
4.	Período da medida de segurança (CP, art. 97).....	582
4.1.	Prazo mínimo	582
4.2.	Prazo máximo	582
4.3.	Desinternação ou liberação	583

Parte VI

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Capítulo I ► CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE.....		589
1.	Introdução.....	589
2.	Morte do agente.....	592
3.	Anistia	593
4.	Graça e indulto	594
5.	<i>Abolitio criminis</i>	596
6.	Decadência.....	597
7.	Perempção.....	598
8.	Renúncia	598
9.	Perdão aceito ou perdão do ofendido.....	599
10.	Retratação.....	601
11.	Perdão judicial.....	601
Capítulo II ► PRESCRIÇÃO		603
1.	Introdução.....	603
1.1.	Conceito	603
1.2.	Fundamentos	603
1.3.	Natureza jurídica.....	603
1.4.	Imprescritibilidade.....	603
1.4.1.	Hipóteses constitucionais.....	603
1.4.2.	Tortura	604
2.	Espécies de prescrição.....	605

3.	Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita.....	606
3.1.	Sistemática	606
3.2.	Regras para o cálculo do prazo prescricional	607
3.3.	Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final	610
3.4.	Causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva	613
3.4.1.	Recebimento da denúncia ou da queixa.....	614
3.4.1.1.	Disposições gerais.....	614
3.4.1.2.	Recebimento da denúncia nos termos da Lei 11.719/08.....	615
3.4.1.3.	Recebimento do aditamento à denúncia	615
3.4.1.4.	Denúncia anulada e o seu recebimento	617
3.4.2.	Pronúncia.....	617
3.4.3.	Decisão confirmatória da pronúncia	618
3.4.4.	Publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.....	619
3.4.4.1.	Data da publicação	619
3.4.4.2.	Sentença que aplica medida de segurança	619
3.4.4.3.	Acórdão que confirma a sentença condenatória	620
3.4.4.4.	Nulidade da sentença condenatória ..	620
3.5.	Comunicabilidade das causas interruptivas	621
3.6.	Causas suspensivas da prescrição da pretensão punitiva	622
3.7.	Prescrição do crime pressuposto.....	624
4.	Prescrição superveniente ou intercorrente ou subsequente (espécie de PPP).....	624
5.	Prescrição retroativa (espécie de PPP).....	626
6.	Prescrição da pretensão executória (PPE).....	630
6.1.	Introdução.....	630
6.2.	Termo inicial e causas interruptivas da prescrição da pretensão executória	631
6.3.	Reincidência como causa interruptiva	636
6.4.	Causa suspensiva da prescrição da pretensão executória	637
7.	Redução dos prazos prescricionais	637
8.	Prescrição da medida de segurança e da medida socioeducativa	639
9.	Prescrição antecipada	641
10.	Prescrição: penas restritivas e pena de multa.....	642
	BIBLIOGRAFIA.....	645

Parte I

INTRODUÇÃO

Capítulo I ▶ **Direito Penal**

Capítulo II ▶ **Princípios penais e político-criminais**

Capítulo III ▶ **Direito Penal na sociedade do risco**



Direito Penal

1. CONCEITO DE DIREITO PENAL

1.1. Conceito formal

Sob o **aspecto formal**, trata-se de um conjunto de normas jurídicas mediante o qual o Estado proíbe determinadas condutas (ações ou omissões), sob ameaça de sanção penal (penas e medidas de segurança). Também se incluem as normas que estabelecem os princípios gerais e as condições ou pressupostos de aplicação da sanção penal, que igualmente podem ser impostas aos autores de um fato previsto como crime.

1.2. Conceito social

Em uma **perspectiva social**, o Direito Penal é um dos modos de controle social utilizados pelo Estado. Sob o enfoque minimalista (Direito Penal de intervenção mínima), esse modo de controle social deve ser subsidiário, ou seja, somente estará legitimada a atuação do Direito Penal diante do fracasso de outras formas de controle *jurídicas* (Direito Civil e Direito Administrativo, por exemplo) ou *extrajurídicas*, tais como a via da família, da igreja, da escola, do sindicato, as quais se apresentam atuantes na tarefa de socializar o indivíduo.

2. DENOMINAÇÕES ESPECÍFICAS DO DIREITO PENAL

2.1. Direito Penal objetivo e Direito Penal subjetivo

O **Direito Penal objetivo** constitui-se das normas penais incriminadoras (definem as infrações penais e cominam as sanções penais) e não incriminadoras.

Direito Penal subjetivo é o direito de punir do Estado (*jus puniendi*), ou seja, o direito do Estado de aplicar as normas penais. O

direito de punir possui três momentos: 1º) ameaça da pena (pretensão intimidatória); 2º) aplicação da pena (pretensão punitiva); 3º) execução da pena (pretensão executória). Até mesmo na hipótese de ação penal privada o Estado não transfere o *jus puniendi* à vítima, mas sim possibilita por parte desta o exercício do *jus accusationis*.

As normas penais (Direito Penal objetivo), além de criarem o direito de punir do Estado, conferem direitos para o próprio cidadão, uma vez que também possuem a função de limitar o próprio *jus puniendi*, garantindo ao cidadão, dentre outros direitos, o de não ser punido por fatos não definidos em lei, evitando a arbitrariedade do Estado.

2.2. Direito Penal de culpabilidade e Direito Penal de periculosidade

O Direito Penal de culpabilidade concebe o homem como pessoa – capaz de entender e autodeterminar-se segundo a norma – e sustenta que a pena é uma retribuição pela reprovabilidade. Se a pessoa pode escolher agir ou deixar de agir conforme a norma, pode ser censurada (culpabilidade). O limite da pena é o grau de culpabilidade (Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 116).

Para o Direito Penal de periculosidade o homem é determinado (não possui capacidade de escolha) e a pena tem como objeto e único limite a periculosidade.

2.3. Direito Penal do fato, Direito Penal do autor e Direito Penal do fato que considera o autor

A expressão **Direito Penal do fato** significa que as leis penais somente devem punir **fatos** causados pelo homem e lesivos a bens jurídicos de terceiro. Não se pune o pensamento, mas sim as manifestações exteriores do ser humano.

O **Direito Penal do autor** é marcado pela punição de pessoas que não tenham praticado nenhuma conduta. Pune-se alguém pelo seu modo de ser ou pela sua característica ou condição pessoal e não pelo seu fato.

Como bem sistematizam Zaffaroni e Pierangeli, “todo Direito Penal de periculosidade é um Direito Penal de autor, enquanto o Direito

Penal de culpabilidade pode ser de autor ou ‘de ato’ (que é o seu oposto)” (Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 116).

Na lição de Francisco de Assis Toledo, existem correntes moderadas, no sentido de predominar o **Direito Penal do fato, mas levando também em consideração o seu autor**. A comprovação disso se dá ao analisarmos as leis penais, que tipificam fatos (modelo de conduta proibida) e não o perfil psicológico do autor. Porém, condições ou qualidades do autor também são consideradas dentro do *quadro de punibilidade do fato*, como a personalidade e os antecedentes criminais, utilizados como critérios na aplicação da pena (*Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 251). A propósito, como veremos, uma corrente minoritária sustenta que esses dados pessoais não poderiam ser considerados no momento da fixação da pena, justamente por manifestar o Direito Penal do autor.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – DPE-PE – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “No direito penal do autor, o delito é visto como um sintoma de um estado do autor, mecânica ou moralmente inferior ao das pessoas consideradas normais”.

2.4. Direito Penal primário (clássico) e Direito Penal secundário (extravagante ou penal administrativo)

O Direito Penal primário é aquele contido nos Códigos Penais. O Direito Penal secundário é o contido nas leis especiais não integrantes do Código Penal (cf. Jorge de Figueiredo Dias. *Temas básicos da Doutrina Penal*, p. 48).

2.5. Direito Penal de duas velocidades (Direito Penal nuclear e Direito Penal periférico)

Como veremos no capítulo “Direito Penal na Sociedade do Risco”, para conter os problemas da expansão do Direito Penal moderno (hipertrofia penal), na Ciência Penal espanhola, Jesús-María Silva Sánchez (*A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 144-147) propõe um modelo dualista de sistema penal, denominado de Direito Penal de duas velocidades, que varia de acordo com seu nível de intensidade.

Direito Penal de primeira velocidade: assegura todos os critérios clássicos de imputação e os princípios penais e processuais penais tradicionais (ex.: princípios da subsidiariedade e ofensividade), mas permite a aplicação da **pena de prisão**. Trata-se do Direito Penal clássico, que protege bens jurídicos individuais e, eventualmente, supraindividuais, sempre que efetivamente houver lesão ou perigo concreto de lesão (ob. cit., p. 147). Nesse nível de intensidade, o Direito Penal é reduzido ao seu núcleo duro (**Direito Penal nuclear**).

Direito Penal de segunda velocidade: ao lado do Direito Penal nuclear, em uma zona periférica, admitir-se-ia a segunda expansão do Direito Penal, dirigido à proteção dos novos e grandes riscos da sociedade, com a possibilidade de **flexibilização de garantias penais** e processuais penais (Direito Penal periférico). Confere proteção aos bens jurídicos supraindividuais, possibilitando a **antecipação da tutela penal** (tipificação de condutas presumivelmente perigosas – crimes de perigo presumido) e a criação de **crimes de acumulação** (a lesão ao bem jurídico pressupõe a soma de várias condutas praticadas individualmente). Porém, diante dessa flexibilização, **não admite a aplicação da pena de prisão**, mas somente as penas restritivas de direitos e pecuniárias.

2.6. Direito Penal de terceira velocidade

Direito Penal marcado pela “*relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais*”. Apesar de reconhecer a sua existência nas legislações modernas, principalmente no Direito Penal socioeconômico, Silva Sánchez sustenta que seu âmbito deve ser reconduzido a uma das duas velocidades (ob. cit., 148). Caracteriza-se como Direito Penal de terceira velocidade o chamado **Direito Penal do inimigo** (Jakobs).

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2008 – TJ-AL – Juiz de Direito) *Questão discursiva:* “Discorra acerca das velocidades do direito penal, abordando especialmente o direito penal de terceira velocidade, citando exemplos e reflexos, quer no direito penal, quer no direito processual penal”.

2.7. Direito Penal do inimigo

Segundo Günther Jakobs (*Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*, 2005), o Estado deve proceder de dois modos com os

criminosos. Ao ‘delinquente-cidadão’ aplica-se o Direito Penal do cidadão, ao passo que o ‘delinquente inimigo’ se aplica o Direito Penal do inimigo.

Para Jakobs, algumas pessoas cometem erros e devem estar sujeitas ao Direito Penal do cidadão. Nesse caso, apesar de haver danificação à vigência da norma, deve ser chamado de modo coativo, como cidadão, a equilibrar o dano. Esse equilíbrio se dá com a aplicação da pena.

Por outro lado, outros delinquentes (inimigos) devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação, utilizando o denominado Direito Penal do inimigo. Isso porque o inimigo não possui a condição de cidadão, tendo em vista que não cumpre a sua função no corpo social ao deixar de satisfazer, de forma duradoura, mínimas expectativas normativas.

Assim, pode-se apontar como características do Direito Penal do inimigo: a) processo mais célere visando à aplicação da pena; b) penas desproporcionalmente altas; c) suprimimento ou relativização de garantias processuais; d) o inimigo perde sua qualidade de cidadão (sujeito de direitos); e) o inimigo é identificado por sua periculosidade, de sorte que o Direito Penal deve punir a pessoa pelo que ela representa (Direito Penal prospectivo).

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-MG – 2008 – Promotor de Justiça) “Modernamente, o chamado Direito Penal do Inimigo pode ser entendido como um Direito Penal de: (...) terceira velocidade”.

2.8. Direito Penal de quarta velocidade ou neopunitivismo

Neopunitivismo é um termo cunhado por Daniel Pastor (*La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos, in Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: 2005/A, pp. 73-114*). Seria o modelo de sistema penal utilizado pelo Tribunal Penal Internacional, com restrição e supressão de garantias penais e processuais penais de réus que no passado ostentaram a função de chefes de estado e, como tal, violaram gravemente tratados internacionais que tutelam direitos humanos.

Para o Direito Penal do inimigo e Direito Penal de terceira velocidade, o inimigo (réu no âmbito do Direito Penal interno) é aquele

que perdeu a condição de cidadão por ter deixado de cumprir sua função no corpo social (não satisfaz as mínimas expectativas normativas), ao passo que, para o neopunitivismo, o inimigo (réu na esfera do Direito Penal internacional) é aquele que alguma vez foi detentor do poder estatal e violou direitos humanos.

2.9. Direito Penal de emergência, Direito Penal simbólico e Direito Penal promocional

Predomina na legislação penal pós-CF/88 o *movimento punitivista*. É fácil perceber os motivos quando se analisa a exploração e potencialização da violência social por parte da mídia, o que incentiva um estado de insegurança, de medo e de terror, e, por consequência, cria-se a falsa ideia de ser o Direito Penal um instrumento eficaz de combate à violência.

Verifica-se que o Brasil vem seguindo a tendência de vários países no sentido de utilizar o Direito Penal como função simbólica e promocional, o que contribui para a chamada *expansão do Direito Penal (hipertrofia penal)*, com a criação de novos tipos, muitos de perigo abstrato, com o agravamento de várias penas já existentes, sem a mínima preocupação com as finalidades destas, e, ainda, com a flexibilização de várias garantias penais e processuais penais.

Nessa seara vem o **Direito Penal** de emergência, expressão utilizada para expressar as hipóteses nas quais o Estado utiliza legislação excepcional para limitar ou derrogar garantias penais e processuais penais em busca do controle da alta criminalidade. Nesse sentido, foram criadas as Leis 8.072/90 (crimes hediondos) e 9.034/95 (organizações criminosas).

Sempre que a sociedade clama por segurança pública, máxime nos tempos atuais de uma sociedade de risco, surge o legislador com sua pretensão de dar uma rápida resposta aos anseios sociais, e, com isso, muitas vezes criminaliza condutas sem qualquer fundamento criminológico e de política criminal, criando a ilusão de que resolverá o problema por meio da utilização da tutela penal. Com efeito, se a criação da lei penal não afeta a realidade, o Direito Penal acaba cumprindo apenas uma função simbólica. Daí a expressão **Direito Penal simbólico**.

Entretanto, apesar desse aspecto negativo da função simbólica do Direito Penal, a doutrina aponta um aspecto “positivo”,

consistente na geração de sentimento de segurança e tranquilidade para a sociedade, que em um primeiro momento acredita na eficácia da lei penal.

Na visão do autor alemão Winfried Hassemer, o Direito Penal simbólico é multifacetado e “marca um Direito Penal que se inspira menos na proteção dos respectivos bens jurídicos do que no atingimento de efeitos políticos de longo alcance, como a imediata satisfação de uma ‘necessidade de ação’. Trata-se de um fenômeno de crise da Política Criminal moderna orientada para as consequências” (*Direito Penal. Fundamentos, Estrutura, Política*, p. 230).

De outra parte, o **Direito Penal promocional** ocorre quando o Estado utiliza as leis penais para consecução de suas finalidades políticas, por ser um poderoso instrumento de desenvolvimento e transformação social (função promocional). Essa função é criticada por parte da doutrina, uma vez que o Direito Penal deixa de ser utilizado pelo legislador como modo de controle social subsidiário (*ultima ratio*).

2.10. Direito Penal subterrâneo e Direito Penal paralelo

Na verdade, se referem aos sistemas penais paralelos e subterrâneos. Segundo Zaffaroni, sistema penal é o conjunto das agências que operam a criminalização primária e a criminalização secundária ou que convergem na sua produção. Denomina-se criminalização o processo de seleção de um número reduzido de pessoas realizado pelo Estado (detentor do Poder), as quais serão submetidas à punição. A criminalização primária é a elaboração das leis penais, ao passo que o programa deve ser cumprido pelas agências de criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Judiciário e agentes penitenciários).

Porém, como o sistema penal formal do Estado não exerce grande parte do poder punitivo, outras agências acabam se apropriando desse espaço e passam a exercer o poder punitivo paralelamente ao estado (**sistemas penais paralelos**). Ex.: médico aprisionando doentes mentais; institucionalização pelas autoridades assistenciais dos moradores de rua; famílias abandonando pessoas idosas em estabelecimentos particulares; autoridades administrativas e as corporações ao impor sanções que implicam desemprego, que pode ser mais grave que uma sanção penal (cf. Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte Generale*, p. 25).

No escólio do citado autor, “todas as agências executivas exercem algum poder punitivo à margem de qualquer legalidade ou com marcos legais muito questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico”, o que acarreta um abuso de poder. Chama-se esse âmbito de atuação ilícita de **sistema penal subterrâneo**. Ex.: institucionalização de pena de morte (execução sem processo), desaparecimentos, torturas, extradições mediante sequestro, grupos especiais de inteligência italianos, norte-americanos e espanhóis que atuam fora da lei (ob. cit., p 26).

2.11. Direito Penal Internacional

São as normas de direito internacional (combinação de princípios de Direito Penal e direito internacional) que dispõem as consequências jurídico-penais. O Direito Penal Internacional origina-se por celebração de convenções multilaterais entre os Estados interessados, pelo direito consuetudinário ou pelos princípios gerais de direito (cf. Kai Ambos, *A Parte Geral do Direito Penal Internacional*, p.42-43).

3. FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

3.1. Função de proteção de bens jurídicos

Uma das mais destacadas funções do Direito Penal é a **proteção dos bens jurídicos**. Entretanto, o Direito Penal não tutela todos os bens jurídicos, mas somente os **mais relevantes** para um convívio harmônico em sociedade.

3.2. Função de garantia de vigência da norma

Para Günther Jakobs (*Direito Penal e Funcionalismo*, 2005, p.33-34), o Direito Penal **garante a vigência da norma** e não a proteção de bens jurídicos. Na verdade, o Direito Penal não pode garantir a existência dos bens, mas sim que as outras pessoas não os ataquem. Assim, o Direito Penal seria uma estrutura que garante a relação entre as pessoas, ou seja, garante a expectativa de que não se produzam novas ameaças aos bens. A título de exemplo, cita que o proprietário de um bem pode autorizar a sua destruição, mas pode pretender que isso não ocorra. Portanto, “do ponto de vista do Direito Penal, o bem aparece exclusivamente como pretensão do proprietário de que este seja respeitado. Em outras palavras,

do ponto de vista do Direito Penal, o bem não deve ser representado como um objeto físico ou algo do gênero, e sim, como **norma**, como expectativa garantida” (grifo nosso).

3.3. Outras funções

Diz-se, ainda, que o Direito Penal possui a **função de prevenir a vingança privada**.

De outro lado, como a pena encerra a violência ao indivíduo, o Direito Penal também possui a **função garantista** consistente na proteção do indivíduo contra os possíveis excessos de poder (Direito Penal garantista). Por fim, em certas situações, visa a amenizar o dano sofrido pela vítima.

A par dessas funções legítimas, o Direito Penal acaba exercendo outras funções consideradas ilegítimas, tais como a **função simbólica** (Direito Penal simbólico) e a **função promocional** (Direito Penal promocional).

4. BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO

4.1. Conceito e evolução do conceito de bem jurídico

No período pré-iluminista o crime era visto como um pecado, de sorte que com a sua prática havia a violação da vontade divina. Com a separação entre Estado e Igreja, o crime passou a ser um dano à nação. No período iluminista, Feuerbach busca um conceito material de crime, e com isso define-o como uma *violação de um direito subjetivo alheio*. Em seu ponto de vista, aquele que ultrapassa os limites da liberdade legal viola um direito, causando uma ofensa (lesão).

Com **Birnbaum (1834)** abandona-se a definição do crime como violação de direitos subjetivos e inicia-se o conceito de **bem jurídico**. O autor busca o conteúdo do crime na ofensa a valores reconhecidos pela sociedade. O crime passa a ser a ofensa a bens protegidos pela norma. Os bens passam ao centro da discussão do crime e não mais os direitos (ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, p. 51).

Surgem variantes metodológicas acerca do conceito de bem jurídico. Como bem sintetiza Nilo Batista: para uns, o bem jurídico

é criado pelo direito, através da seleção exercida pelo legislador (Binding); para outros, o bem jurídico é um “interesse da vida”, que o legislador toma de uma realidade social que lho impõe (Von Liszt). Houve quem deslocasse o bem jurídico estritamente para a tarefa de critério de interpretação teleológica da norma, no movimento que ficou conhecido como “direção metodológica” (Honig). (...) Recentemente, intenta-se “positivar” os bens jurídicos, deduzindo-os do texto constitucional (Angioni) (*Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 95).

Sobre o tema, destaca-se na doutrina brasileira a obra de Luiz Regis Prado. Conforme o autor: “O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito” (*Bem Jurídico-Penal e Constituição*, p.52-53).

Nessa perspectiva de bem jurídico como conteúdo do crime, e tendo como função primordial do Direito Penal a sua proteção, verifica-se a importância do bem jurídico como elemento estruturante do próprio Direito Penal.

4.2. Bem jurídico-penal constitucional

Com a necessidade de se identificar qual bem jurídico merece tutela penal, surgem teorias que fixam a Constituição como parâmetro de legitimidade, uma vez que nesta estão os valores mais relevantes para uma determinada sociedade.

- a) **teorias constitucionais amplas:** a Constituição é apenas um dos parâmetros legítimos para elaboração da lei penal. Nada impede ao legislador penal proteger bens jurídicos não acolhidos pela Constituição, mas desde que não afronte seus princípios e valores.
- b) **teorias constitucionais restritas:** os bens jurídico-penais somente poderiam ser buscados na Constituição, pois devem expressar os bens mais relevantes para a sociedade.

No estudo de qual bem jurídico poderá obter a qualificação de bem jurídico-penal se destaca a análise do *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos* e, assim, dos *princípios do pluralismo e da subcultura*, dos *princípios da liberdade e da tolerância* e da *não proteção de valores morais* (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, 2002). Sobressai ainda o argumento da existência de uma *zona livre de direito* (área neutra de valoração, em que um determinado fato não pode ser considerado permitido nem proibido), na qual o Estado deve se abster de qualquer ingenuidade. *Exemplos*: não punição do incesto e adultério.

A propósito, os principais princípios penais estão intrinsecamente relacionados com o bem jurídico. Como veremos mais adiante, pelo **princípio da fragmentariedade** o Direito Penal somente deve proibir as condutas que causem lesões expressivas aos **bens jurídicos** mais relevantes para a sociedade. Do **princípio da subsidiariedade** decorre que o Direito Penal deve ser necessário para proteção do **bem jurídico**, e somente terá legitimidade se for o último meio de controle social. Pelo **princípio da ofensividade**, apenas as condutas que causam lesão (lesão efetiva ou lesão potencial) a **bem jurídico**, relevante e de terceiro, podem estar sujeitas ao Direito Penal.

Com efeito, sendo o espaço normativo do qual o legislador extrairá os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, ou sendo o parâmetro do qual o bem jurídico deverá se conformar, a Constituição acaba desempenhando as funções de fundamentar e limitar o Poder Punitivo.

Verifica-se, assim, a função da Constituição (pode-se dizer também dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos) como filtro ou instrumento de purificação do Direito Penal. Essa *filtragem constitucional* significa que não só o Direito Penal, mas todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, de sorte que as leis penais vigentes necessitam passar por uma filtragem para verificação de sua validade. Em síntese, não basta que uma lei tenha vigência, deve ainda possuir validade (conteúdo/aspecto material).

5. GARANTISMO PENAL

Conforme o autor italiano Luigi Ferrajoli (*Direito e Razão*, p. 786), o garantismo, dentre outros significados, pode ser visto, sob o

plano político, como técnica de reduzir a violência e maximizar a liberdade. Sob o plano jurídico, seria uma forma de limitação do poder punitivo em garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FCC – 2009 – DPE-SP – Defensor Público) Foram consideradas corretas as seguintes alternativas: “O recurso à pena no Direito Penal garantista está condicionado ao princípio da máxima intervenção, máximas garantias; Cabe ao Direito Penal limitar a violência da intervenção punitiva do Estado”.

Dentro da função do garantismo penal, Ferrajoli (*Direito e Razão*, p. 91) destaca dez axiomas:

- 1) **Nulla poena sine crimine**: princípio da retributividade, i.e., a pena é uma consequência do delito.
- 2) **Nullum crimen sine lege**: princípio da legalidade em sentido lato ou em sentido estrito.
- 3) **Nulla lex (poenalis) sine necessitate**: princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal. A lei penal deve ser o meio necessário para a proteção dos bens jurídicos considerados relevantes.
- 4) **Nulla necessitas sine injuria**: princípio da lesividade ou da ofensividade do evento. Os tipos penais devem descrever condutas que possuam aptidão para ofender bens jurídicos de terceiros, de sorte que não se poderá punir: condutas que não excedam o âmbito do próprio autor; meros estados existenciais; condutas desviadas e condutas que não exponham sequer a perigo os bens jurídicos.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(TRF2 – 2007 – Juiz Federal) *Questão discursiva*: “Em que consiste o princípio: ‘nulla necessitas sine injuria’, e qual a sua repercussão no direito penal?”

- 5) **Nulla injuria sine actione**: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação. Para que uma conduta seja proibida deve ser manifestada por meio de uma ação ou uma omissão proibida em lei.
- 6) **Nulla actio sine culpa**: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.

- 7) **Nulla culpa sine iudicio**: princípio da jurisdicionariedade.
- 8) **Nullum iudicium sine accusatione**: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação.
- 9) **Nulla accusatio sine probatione**: princípio do ônus da prova ou da verificação.
- 10) **Nulla probatio sine defensione**: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Saliente-se que “A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados” (CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*, 2002, p. 19).

6. CIÊNCIAS CRIMINAIS (NOÇÃO CONJUNTA DO DIREITO PENAL)

O Direito Penal deve ser estudado como um dos setores das **ciências criminais**. As três ciências são: 1) criminologia; 2) política criminal; 3) dogmática penal.

6.1. Criminologia

Segundo Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, trata-se de “uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplando este como problema individual e como problema social –, assim como os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito” (*Criminologia*, p. 28).

6.2. Política criminal

Basicamente consiste na definição de estratégias de controle social na busca da proteção do bem jurídico. Para a tutela de bens

jurídicos o Estado pode se valer de estratégias penais e extrapenais. Somente se justifica a tutela penal na hipótese de ser um meio eficaz de proteção do bem jurídico. Assim, a política criminal, com base em considerações de outros ramos, tais como a criminologia, a filosofia e a sociologia, visa à análise crítica da legislação penal e à proposição das devidas alterações.

6.3. Dogmática penal

Visando a interpretar e aplicar o Direito Penal, busca a dogmática penal elaborar um sistema de modo lógico e racional, mas aliada à política criminal. Nos dias atuais, fala-se de uma dogmática aberta, de sorte que a ciência penal não pode ser reduzida a um sistema fechado, pois deve procurar certos fins valiosos (GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional*, p.48).

Em síntese, segundo Roxin, “transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto” (ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, p.82).

7. MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL

7.1. Abolicionismo penal (política criminal verde)

Essa concepção defende a extinção do sistema penal, já que seus efeitos são mais funestos que benéficos. Destaca-se nessa linha o professor holandês Louk Hulsman, que sustenta a resolução dos conflitos sociais por meios alternativos, como a reparação e a conciliação. Existem correntes abolicionistas mais amenas, como no caso de Thomas Mathiesen, que defende apenas a extinção da pena de prisão e não do sistema penal, bem como Nils Christie, que defende a extinção de qualquer espécie de pena capaz de infringir dor ou sofrimento pessoal.

7.2. Abolicionismo moderado ou minimalismo penal

O Direito Penal deve ter uma intervenção mínima. Não admite a extinção do Direito Penal, por ser uma forma de reação social

legítima. O Direito Penal possui a função de proteção de bens jurídicos relevantes e de forma subsidiária. Nessa linha destacam-se: Luigi Ferrajoli, Zaffaroni, Alessandro Baratta, Roxin e outros.

A pena é vista como um mal necessário, por isso busca-se a redução ao mínimo da solução dos conflitos sociais por meio do Direito Penal. Uma das características é a aplicação de sanções alternativas ou substitutivas à pena de prisão, tais como: reparação do dano; penas restritivas de direitos; transação penal; suspensão condicional do processo (*sursis processual*).

Em um sentido de evitar a pena de prisão devem ser lembradas as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio).

7.3. Direito Penal máximo (eficientismo penal)

Defende a utilização do Direito Penal como instrumento eficaz para o combate da violência. Busca a máxima efetividade do controle social com a utilização do Direito Penal. Trata-se de um modelo antigarantista.



Princípios penais e político-criminais

1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

1.1. Previsão

Em nosso ordenamento jurídico, encontra-se previsto no art. 5º, XXXIX, da CF/88 (*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*), no art. 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, bem como no art. 1º do Código Penal.

1.2. Origem

A doutrina costuma citar sua origem na *Magna Charta Libertatum de João Sem Terra* (Inglaterra, 1215). Posteriormente arraigou-se na doutrina do contrato social (Locke, 1690; Montesquieu, 1748), bem como passou a constar na Constituição de vários Estados Americanos (Ex.: Virgínia, 1776), na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1787) e de vários instrumentos de proteção dos direitos humanos (Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948; Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, 1966; Pacto de São José da Costa Rica e nas Constituições de países democráticos).

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui efetiva **limitação ao poder punitivo estatal**.

1.3. Denominação e alcance

O princípio da legalidade também é chamado de legalidade estrita, reserva legal ou intervenção legalizada. Para a definição de **crime** e cominação de **pena** é necessária uma lei (aprovada pelo Congresso Nacional).

Obs.: onde consta **crime**, leia-se **infração penal** (que é gênero de duas espécies: crime e contravenção penal). Onde consta **pena**, deve ser entendida como **sanção penal** (que também é gênero de duas espécies: pena e medida de segurança). Entretanto, existe posição minoritária no sentido de que as medidas de segurança não se sujeitam ao princípio da legalidade, uma vez que não possuem natureza punitiva e sim curativa.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2011 – TCE-SP – Procurador do Ministério Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “O princípio constitucional da legalidade em matéria penal não atinge as medidas de segurança”.

Parte da doutrina faz a correta observação acerca da distinção entre “princípio da legalidade” e “princípio da reserva legal”. Legalidade abrange várias espécies normativas, como leis ordinárias, complementares, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Seria, neste sentido amplo, o princípio consagrado no art. 5º, II, da Constituição Federal (princípio da legalidade em sentido amplo). Por sua vez, o princípio da reserva legal (legalidade estrita) possui um sentido restrito, já que abrange apenas lei ordinária ou complementar aprovada pelo Congresso Nacional.

Outros autores, sob distinto enfoque, denominam princípio da legalidade como gênero, do qual decorrem duas espécies: o princípio da reserva legal (legalidade estrita) e o princípio da anterioridade. Apesar destas explicações, nos concursos públicos geralmente se consideram como expressões sinônimas “princípio da legalidade” e “princípio da reserva legal”.

No Brasil, em matéria penal, a competência legislativa é privativa da União (CF, art. 22, I). Deve ser observado, todavia, o parágrafo único do art. 22.

Por sua vez, **é vedada a edição de medidas provisórias** sobre matéria relativa a Direito Penal (CF, art. 62, § 1º, I, b). Entretanto, é razoável o entendimento no sentido de que o texto constitucional deve ser interpretado restritivamente, de sorte que a proibição só alcançaria as leis penais incriminadoras e não as leis penais não incriminadoras.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “As medidas provisórias podem regular matéria penal nas hipóteses de leis temporárias ou excepcionais”.

(CESPE – 2009 – PGE-PE – Procurador do Estado) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “Fere o princípio da legalidade, também conhecido por princípio da reserva legal, a criação de crimes e penas por meio de medida provisória”.

Não se pode, também, veicular matéria penal por **lei delegada**, em virtude da restrição imposta no art. 68, § 1º, II (direitos individuais), da Constituição Federal.

1.4. Funções

O princípio da legalidade possui algumas **funções fundamentais**:

- 1ª) **Lei estrita**: a competência para criar crimes e cominar penas é do Poder Legislativo (CF, art. 22, I), por meio de lei, de sorte que essa tarefa é proibida aos Poderes Executivo e Judiciário, bem como **é proibida a analogia contra o réu** (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*).
- 2ª) **Lei escrita**: os costumes não têm a força de criar crimes e cominar sanções penais, uma vez que a lei deve ser escrita, ou seja, **é proibido o costume incriminador** (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).
- 3ª) **Lei certa**: os tipos penais devem ser de fácil entendimento pelo cidadão, justamente para que possa se orientar daquilo que é certo ou errado. Desse modo, decorre a **proibição da criação de tipos penais vagos e indeterminados**. A lei penal deve ser precisa e determinada. Nesse enfoque, tem-se o *princípio da taxatividade* (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).
- 4ª) **Lei prévia**: **proibição da aplicação da lei penal incriminadora a fatos – não considerados crimes – praticados antes de sua vigência**. Trata-se do *princípio da anterioridade* (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

LEI ESTRITA

é proibida a analogia contra o réu
(*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)

LEI ESCRITA

é proibido o costume incriminador
(*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)

LEI CERTA

é proibida a criação de tipos penais vagos e indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)

LEI PRÉVIA

é proibida a aplicação da lei penal incriminadora a fatos – não considerados crimes – praticados antes de sua vigência (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)

Por fim, impende frisar que não basta a simples legalidade sob o aspecto formal, ou seja, tipo penal criado por lei emanada do Poder Legislativo em observância ao devido procedimento legislativo. Deve haver a conformidade da lei penal com o quadro valorativo acolhido pela Constituição Federal e pelos Tratados de Direitos Humanos, de modo a amparar a sua *validade* sob o aspecto material.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FCC – 2015 – DPE-MA – Defensor Público) “Para o Direito Penal no Estado Social e Democrático de Direito, modelo de atuação do poder previsto na Constituição Federal, é correto afirmar que: a) o poder do Estado é ilimitado e os direitos fundamentais têm concretização discricionária; b) o poder do Estado é limitado pelo princípio da legalidade e, aos cidadãos, está assegurada a plena garantia e juridicidade dos direitos fundamentais; c) o poder do Estado é limitado pela legalidade formal, mas não exerce a posição de garante dos direitos fundamentais muito embora haja sua juridicidade; d) o poder do Estado é ilimitado e os direitos fundamentais têm natureza cogente; e) o poder do Estado é limitado pelo princípio da legalidade e os direitos fundamentais têm efetividade condicionada”.

Gabarito: B.

(PC-RJ – 2009 – Delegado de Polícia): “Ensina JORGE DE FIGUEIREDO DIAS que ‘o princípio do Estado de Direito conduz a que a proteção dos direitos, liberdade e garantias seja levada a cabo não apenas através do Direito Penal, mas também perante o Direito Penal’ (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 165). Assim, analise as proposições abaixo e, em seguida, assinale a opção correta. I- O conteúdo essencial do princípio da legalidade se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem

de uma lei prévia, escrita, estrita e certa. II- O princípio da legalidade estrita não cobre, segundo a sua função e o seu sentido, toda a matéria penal, mas apenas a que se traduz em fixar, fundamentar ou agravar a responsabilidade do agente. III – Face ao fundamento, à função e ao sentido do princípio da legalidade, a proibição de analogia vale relativamente a todos os tipos penais, inclusive os permissivos. IV- A proibição de retroatividade da lei penal funciona apenas a favor do réu, não contra ele. V – O princípio da aplicação da lei mais favorável vale mesmo relativamente ao que na doutrina se chama de “leis intermediárias”; leis, isto é, que entraram em vigor posteriormente à prática do fato, mas já não vigoravam ao tempo da apreciação deste”.

Dos itens acima, **apenas o III está incorreto**, pois é possível a analogia de normas permissivas (ex.: legítima defesa, estado de necessidade), uma vez que seria em favor do réu.

2. PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O Direito Penal não deve tutelar todos os bens jurídicos, mas somente os mais relevantes para a sociedade (vida, liberdade, patrimônio, meio ambiente etc.), e, mesmo assim, somente em relação aos ataques mais intoleráveis. Como ressalta Prado, o Direito Penal deve continuar a ser “um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Isto quer dizer que o Direito Penal só se refere a uma pequena parte do sancionado pelo ordenamento jurídico, sua tutela se apresenta de maneira fragmentada, dividida ou fracionada” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 2007, p. 144).

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2017 – MPE-RR – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “No direito penal, o princípio da fragmentariedade informa que o direito penal é autônomo e cuida das condutas tidas por ilícitas penalmente, sendo aplicável a lei penal independentemente da solução do problema por outros ramos do direito”.

(FCC – 2015 – TJ-SC – Juiz de Direito) “A afirmação de que o Direito Penal não constitui um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que constituem o universo de bens do indivíduo, mas representa um sistema descontínuo de seleção de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal, amolda-se, mais exatamente: a) ao conceito estrito de reserva legal aplicado ao significado de taxatividade da descrição dos modelos incriminadores; b) à descrição do princípio

da fragmentariedade do Direito Penal que é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal; c) à descrição do princípio da culpabilidade como fenômeno social; d) ao conteúdo jurídico do princípio de humanidade relacionado ao conceito de justiça distributiva; e) à descrição do princípio da insignificância em sua relativização na busca de mínima proporcionalidade entre gravidade da conduta e cominação de sanção”.

Gabarito: B.

(FCC – 2009 – MP-CE – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “Em decorrência de garantias formalizadas ou não na Constituição Federal, o Direito Penal constitui instrumento de controle social regido pela característica da fragmentariedade”.

3. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O Direito Penal é uma das formas de controle social, assim como o Direito Civil e o Direito Administrativo. Entretanto, a sanção penal é considerada a mais grave das sanções, justamente por permitir a privação da própria liberdade. Por isso, o Direito Penal deve atuar de forma subsidiária (**Direito Penal de ultima ratio**), isto é, somente quando insuficientes as outras formas de controle social.

Assim, o Direito Penal deve ser um **meio necessário de proteção do bem jurídico**. A tutela penal deixa de ser necessária quando existir, de forma eficaz, outros meios de controle social (formais ou informais) menos lesivos aos direitos individuais. O Direito Penal não deve buscar a maior prevenção possível, mas o mínimo de prevenção indispensável.

► Importante:

Parte da doutrina trata os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade como expressões do **princípio da intervenção mínima**. Por outro lado, alguns autores tratam o princípio da intervenção mínima como sinônimo de princípio da subsidiariedade, não abrangendo a fragmentariedade como sua expressão.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FCC – 2017 – DPE-PR – Defensor Público) O princípio da intervenção mínima no Direito Penal encontra reflexo:

a) no princípio da fragmentariedade e na teoria da imputação objetiva.

- b) no princípio da subsidiariedade e na teoria da imputação objetiva.
- c) nos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.
- d) no princípio da fragmentariedade e na proposta funcionalista sistêmica.
- e) na teoria da imputação objetiva e na proposta funcionalista sistêmica.

Gabarito: C.

(FAPEMS – 2017 – PC-MS – Delegado de Polícia) No que diz respeito aos princípios aplicáveis ao Direito Penal, analise os textos a seguir. *A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico.* (ROXIN, Claus. Derecho penal – parte geral. Madrid: Civitas, 1997.1.1, p. 65). *A criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de ataques contra bens jurídicos importantes.* (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratada de direito penal: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54). Nesse sentido, é correto afirmar que os textos se referem ao:

- a) princípio da intervenção mínima, imputando ao Direito Penal somente fatos que escapem aos meios extrapenais de controle social, em virtude da gravidade da agressão e da importância do bem jurídico para a convivência social.
- b) princípio da insignificância, que reserva ao Direito Penal a aplicação de pena somente aos crimes que produzirem ataques graves a bens jurídicos protegidos por esse Direito, sendo que agir de forma diferente causa afronta à tipicidade material.
- c) princípio da adequação social em que as condutas previstas como ilícitas não necessariamente revelam-se como relevantes para sofrerem a intervenção do Estado, em particular quando se tornarem socialmente permitidas ou toleradas.
- d) princípio da ofensividade, pois somente se justifica a intervenção do Estado para reprimir a infração com aplicação de pena, quando houver dano ou perigo concreto de dano a determinado interesse socialmente relevante e protegido pelo ordenamento jurídico.
- e) princípio da proporcionalidade, em que somente se reserva a intervenção do Estado, quando for estritamente necessária a aplicação de pena em quantidade e qualidade proporcionais à gravidade do dano produzido e a necessária prevenção futura.

Gabarito: A.

(CESPE – 2016 – TCE-PR – Auditor) Foi considerada correta a seguinte alternativa: “Conforme o entendimento doutrinário dominante relativamente ao princípio da intervenção mínima, o direito penal somente deve ser aplicado quando as demais esferas de controle não se revelarem eficazes para garantir a paz social. Decorrem de tal princípio a fragmentariedade e o caráter subsidiário do direito penal”.

4. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE (*NULLUM CRIMEN SINE INIURIA*)

Tem como fundamento o clássico princípio *neminem laedere* (a ninguém prejudicar, ofender, lesionar) e parte da premissa de que não há crime sem ofensa a bem jurídico (*nullum crimen sine injuria*). Apenas as condutas que causem lesão a bem jurídico podem se sujeitar ao Direito Penal.

Palazzo aduz que, pelo princípio da ofensividade, o fato “não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou simplesmente perigoso) do bem jurídico tutelado” (PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 79). Ao aplicar-se o princípio da ofensividade, opera-se uma das funções do bem jurídico, consistente em limitar o exercício do direito de punir estatal (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54).

O Estado sofre limitação em decorrência da livre manifestação do pensamento, da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, da proibição de qualquer privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantidas pela Constituição da República. Por consequência destas limitações, o Estado não pode estabelecer ao cidadão um padrão de moral, mas sim se vincula ao dever de garantir um âmbito de liberdade moral, de modo que lhe é proibido punir ações que expressem o exercício dessa liberdade, não se legitimando a intervenção punitiva quando não medeia, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como afetação de um bem jurídico alheio (ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 225).

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FUNCAB – 2016 – PC-PA – Delegado de Polícia Civil) “Expressiva parcela da doutrina sustenta a inadequação do crime de escrito ou objeto obsceno (art. 234 do CP) para com os princípios que instruem o direito penal democrático. Um dos focos dessa inadequação reside na indevida alocação do sentimento público de pudor como objeto da tutela jurídica. Isso representa, em tese, violação ao princípio da: a) intrascendência. b) culpabilidade. c) taxatividade. d) ofensividade. e) insignificância”. **Gabarito: D.**

Nilo Batista (*Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 2004, p. 92-95) destaca quatro principais funções do princípio da ofensividade ou lesividade, a saber:

- 1) a **proibição da incriminação de uma atitude interna, como as ideias, convicções, aspirações e desejos dos homens**. Por esse fundamento, não se pune a cogitação nem os atos preparatórios do crime.
- 2) a **proibição da incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor**. Exemplo: não se pune a autolesão corporal e a tentativa de suicídio, bem como não se deveria punir o uso de drogas. Nesse enfoque, trata-se do chamado *princípio da alteridade*.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “Depreende-se do princípio da lesividade que a autolesão, via de regra, não é punível”.

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “O agente que pratica autolesão responderá pelo crime de lesões corporais com atenuação da pena de 1/3 a 2/3, a depender da natureza da lesão”.

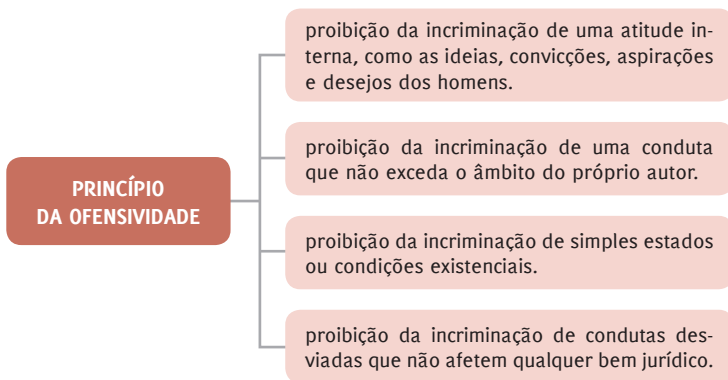
- 3) a **proibição da incriminação de simples estados ou condições existenciais**. A pessoa deve ser punida pela prática de uma conduta ofensiva a bem jurídico de terceiro e não pelo que ela é. Refuta-se, assim, a ideia de *Direito Penal de autor*. Assim, devem ser abolidas de nosso ordenamento infrações penais como a vadiagem (LCP, art. 59. *Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena*

– prisão simples, de 15 dias a 3 meses). Pode-se facilmente observar que o agente desta contravenção penal não pratica nenhum fato lesivo a terceiro e mesmo assim é punido. O Estado autoritariamente e de modo preconceituoso o identifica como perigoso (seu modo de ser), tendo em vista que “pobre que não faz nada acabará praticando um crime”. Então é punido de modo antecipado, por seu estado de perigoso. Ou seja, pune-se antes que pratique uma infração mais grave.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-DFT – 2005 – Promotor de Justiça) Foi considerada correta a seguinte alternativa: “Como decorrência do princípio da ofensividade ou lesividade, não devem ser incriminados meros estados existenciais do indivíduo, inaptos a atingirem bens jurídicos alheios”.

4) a proibição da incriminação de condutas desviadas que não causem dano ou perigo de dano a qualquer bem jurídico. O Direito Penal não deve tutelar a moral, mas sim os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade (princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos).



► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(PC-RJ – 2009 – Delegado de Polícia) Foram consideradas corretas as seguintes alternativas: “II – O princípio da lesividade (ou ofensividade) proíbe a incriminação de uma atitude interna; III – Por força do princípio da lesividade não se pode conceber a existência de qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico protegido pela norma penal; IV – No Direito Penal democrático só se punem fatos. Ninguém pode ser punido pelo que é, mas apenas pelo que faz”.

► Importante:

Parte da doutrina critica a criação de crimes de perigo abstrato sob a justificativa de haver violação do princípio da ofensividade. Sobre a temática, destaca-se a seguinte decisão do STF: "(...) Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional" (STF, 2ª T., HC 102087, j. 28/02/2012).

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2016 – TCE-PR – Auditor) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Ao se referir ao princípio da lesividade ou ofensividade, a doutrina majoritária aponta que somente haverá infração penal se houver efetiva lesão ao bem jurídico tutelado".

5. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

5.1. Noção

Como veremos na Parte III deste livro (teoria geral do crime), predomina na doutrina que o crime é formado por três elementos: FATO TÍPICO + ILICITUDE + CULPABILIDADE (conceito tripartido). Entretanto, pelo conceito bipartido, o crime se constitui por apenas dois elementos (FATO TÍPICO + ILICITUDE), figurando a CULPABILIDADE como pressuposto de aplicação da pena.

CRIME (conceito bipartido)		PRESSUPOSTO DE APLICAÇÃO DA PENA
Fato típico	Ilícitude	Culpabilidade
<ol style="list-style-type: none"> 1. Conduta 2. Resultado 3. Nexo causal 4. Tipicidade Tipicidade objetiva (tipicidade formal + tipicidade material) Tipicidade subjetiva 		<ol style="list-style-type: none"> 1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude 3. Exigibilidade de conduta diversa

CRIME (conceito tripartido)		
Fato típico	Ilícitude	Culpabilidade
<ol style="list-style-type: none"> 1. Conduta 2. Resultado 3. Nexo causal 4. Tipicidade Tipicidade objetiva (tipicidade formal + tipicidade material) Tipicidade subjetiva 		<ol style="list-style-type: none"> 1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude 3. Exigibilidade de conduta diversa

Independentemente dessa divergência sobre a culpabilidade (se é pressuposto de aplicação da pena ou elemento do crime), na análise do primeiro elemento do crime (fato típico) deve ser verificada a tipicidade formal (adequação do fato à lei penal incriminadora), a tipicidade material (análise do desvalor da conduta e da lesão causada ao bem jurídico protegido pela norma) e a tipicidade subjetiva (dolo e elementos subjetivos especiais). **Na tipicidade material incide o princípio da insignificância, afastando-a.** Isto quer dizer que exclui ou afasta a tipicidade em seu aspecto material, de sorte que inexistente o primeiro elemento do crime, e, por consequência, o próprio crime. Trata-se de uma “infração bagatelar” (ou “infração bagatelar própria”).

Exemplo: o agente subtrai, para si, um pacote de bolachas (no valor de R\$10,00) de um grande supermercado. O fato se amolda formalmente ao art. 155 do CP (tipicidade formal/legal). Entretanto, em razão da inexpressividade da lesão causada ao patrimônio da vítima e pelo mínimo desvalor da conduta, incide o princípio da insignificância, afastando a **tipicidade material**.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-RS – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Os princípios da adequação social e da insignificância, sugeridos pela doutrina, servem de instrumentos de interpretação restritiva do tipo penal, que afetam a tipicidade formal do fato”.

(UFMT – 2016 – DPE-MT – Defensor Público) O princípio da insignificância ou da bagatela exclui a: a) punibilidade. b) executividade. c) tipicidade material. d) ilicitude formal. e) culpabilidade. **Gabarito: C.**

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Depreende-se da aplicação do princípio da insignificância a determinado caso que a conduta em questão é formal e materialmente atípica”.

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “O chamado princípio da insignificância exclui a tipicidade formal da conduta”.

► Importante:

A doutrina clássica classifica a antijuridicidade (ilicitude) em: 1) *antijuridicidade formal*: conduta humana que contraria a norma penal; 2) *antijuridicidade material*: conduta humana que causa lesão ao bem ou interesse tutelado pela norma. Essa distinção procede de Liszt. Como nos crimes de bagatela (nos quais incide o princípio da insignificância) a ofensa ao bem jurídico é inexpressiva, pode-se dizer, nesse sentido, que seria hipótese de exclusão da antijuridicidade material. Porém, esse conceito de antijuridicidade, segundo a doutrina moderna, passou a integrar o conceito de tipicidade material, daí se dizer que o princípio da insignificância a afasta. Então, deve-se ter cuidado em concursos, pois ainda pode ser cobrado o tema considerando o conceito clássico. Vejamos:

(FCC – 2010 – DPE-SP – Defensor Público) Nos denominados “crimes de bagatela”, ocorre: (A) causa obrigatória de diminuição de pena. (B) exclusão da antijuridicidade material. (C) causa supralegal de exclusão da culpabilidade. (D) inexigibilidade de conduta diversa. (E) estado de necessidade. **Gabarito: B.**

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2010 – TRE-BA – Analista Judiciário) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Para a doutrina e jurisprudência majoritária, o princípio da insignificância, quando possível sua aplicação, exclui o crime, afastando a antijuridicidade”.

Sob um enfoque hermenêutico, **o princípio da insignificância pode ser visto como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal**, tendo em vista que restringe o âmbito de incidência da lei penal incriminadora e afasta a tipicidade material.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(TRF-4 – 2016 – Juiz Federal) Foi considerada correta a seguinte alternativa: “A insignificância, enquanto princípio, se revela, conforme a visão de Roxin, importante instrumento que objetiva, ao fim e ao cabo, restringir a aplicação literal do tipo formal, exigindo-se, além da contrariedade normativa, a ocorrência efetiva de ofensa relevante ao bem jurídico tutelado”.

(MP-MG – 2007 – Promotor de Justiça) “O princípio da insignificância atua como: a) instrumento de mensuração da ilicitude da conduta; b) interpretação restritiva do tipo penal; c) limitação da culpabilidade do agente; d) extinção da punibilidade; e) diminuição da pena”.

Gabarito: B.

Obs.: de acordo com o STJ, a aferição da insignificância é **requisito negativo da tipicidade conglobante**, pois ultrapassa o juízo subsuntivo típico formal e adentra na seara da análise do desvalor da conduta e do resultado em sentido amplo (STJ, 5ª T., RHC 46435, j. 13/10/2015).

► **Atenção: bagatela imprópria**

Na chamada **Infração bagatelar imprópria** ocorre o injusto penal (fato típico e ilícito). Entretanto, verifica-se que no caso concreto a pena é desnecessária (incidência dos princípios da desnecessidade da pena com o princípio da irrelevância penal do fato). Como ressalta Luiz Flávio Gomes, “O fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer conjugadamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor. O princípio da irrelevância penal do fato tem como pressuposto a não existência de uma infração bagatelar própria (porque nesse caso teria incidência o princípio da insignificância). Mas se o caso era de insignificância própria e o juiz não a reconheceu, nada

impede que incida *a posteriori* o princípio da irrelevância penal do fato. Há, na infração bagatelar imprópria, um relevante desvalor da ação assim como do resultado. O fato praticado é, por isso, em princípio, penalmente punível. Instaura-se processo contra o agente. Mas tendo em vista todas as circunstâncias do fato (concomitantes e posteriores ao delito) assim como o seu autor, pode ser que a pena se torne desnecessária” (*Princípio da Insignificância e outras Excludentes de Tipicidade*, São Paulo: RT, 2009).

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada correta a seguinte alternativa: “A infração bagatelar própria está ligada ao desvalor do resultado e(ou) da conduta e é causa de exclusão da tipicidade material do fato; já a imprópria exige o desvalor ínfimo da culpabilidade em concurso necessário com requisitos *post factum* que levam à desnecessidade da pena no caso concreto”.

(TJ-MS – 2010 – Juiz de Direito) *Questão discursiva*: “Em que se fundamenta o princípio da bagatela imprópria. Explique e exemplifique”.

5.2. Critérios

O princípio da insignificância relaciona-se com o fato típico (análise do desvalor da conduta e do resultado). Consoante entendimento do STF, “o princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material” (STF, 2ª T., HC 84412, DJU 19/11/2004). Ainda conforme o STF, **quatro são os vetores (requisitos objetivos) na aferição do relevo material da tipicidade penal:**

- a) **mínima ofensividade da conduta do agente;**
- b) **nenhuma periculosidade social da ação;**
- c) **reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;**
- d) **inexpressividade da lesão jurídica provocada.**

Discute-se nos Tribunais Superiores se a reincidência e a reiteração delitiva impedem a aplicação. Vejamos:

STJ: “Esta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da

conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso” (STJ, 5ª T., HC 414.824, j. 17/10/2017).

STF: “A jurisprudência do STF consolidou o entendimento de que a reiteração delitiva impossibilita a adoção do princípio da insignificância. Paciente que ostenta em sua folha de antecedentes várias ocorrências pelo mesmo crime de furto. 3. Agravo regimental não conhecido. STF, 1ª T., HC 123199 AgR, j. 17/02/2017”. Idem: “1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. A habitualidade delitiva revela reprovabilidade suficiente a afastar a aplicação do princípio da insignificância (ressalva de entendimento da Relatora). Precedentes.” (STF, 1ª T., RHC 146328 AgR, j. 10/11/2017).

STF: “1. A aplicação do Princípio da Insignificância, na linha do que decidido por esta Corte, pressupõe ofensividade mínima da conduta do agente, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão jurídica causada e ausência de periculosidade social. (Precedente). 2. No julgamento conjunto dos HC’s 123.108, 123.533 e 123.734 (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 01.02.2016) o Plenário desta Corte firmou o entendimento de que, no delito de furto simples, a reincidência não impede, por si só, a possibilidade de atipia material. Também foi acolhida a tese de que, afastada a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância por furto, “eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade”. 3. No caso em análise, trata-se de furto simples de um botijão de gás usado, avaliado em R\$ 80,00 (oitenta reais), em que a res furtiva, além ser de pequena monta, foi restituída à vítima. Ademais, não está caracterizada a habitualidade delitiva específica em delitos patrimoniais. 4. Recurso provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância e absolveu o paciente do delito de furto” (STF, 2ª T., RHC 140017, j. 13/06/2017).

▶ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2017 – PJC-MT – Delegado de Polícia) De acordo com o entendimento do STF, a aplicação do princípio da insignificância pressupõe a constatação de certos vetores para se caracterizar a atipicidade material do delito. Tais vetores incluem o(a):

- a) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento.
- b) desvalor relevante da conduta e do resultado.
- c) mínima periculosidade social da ação.
- d) relevante ofensividade da conduta do agente.
- e) expressiva lesão jurídica provocada.

Gabarito: A.

(CESPE – 2017 – MPE-RR – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “No direito penal, o princípio da insignificância, segundo o entendimento do STF, pressupõe apenas três requisitos para a sua configuração: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento”.

5.3. Princípio da insignificância no STF e no STJ

- ▶ **Furto praticado por policial em horário de serviço:** não incidiu. “Hipótese em que, embora a coisa subtraída seja supostamente de valor ínfimo, mostra-se inviável a aplicação do referido princípio ante a elevada reprovabilidade da conduta do militar que, no exercício de atividade policial, apropria-se de um celular pertencente à vítima de acidente de trânsito” (STJ, 5ª T., HC 174.808, j. 14/10/2014); “Inaplicabilidade do princípio da insignificância, quando a denúncia imputa ao servidor militar a prática de delito patrimonial cometido dentro de estabelecimento militar, pela presença da ofensividade e da reprovabilidade do comportamento do Paciente. Precedentes. 3. Ordem denegada” (STJ, 2ª T., HC 120812, j. 11/03/2014); “Conquanto possa se afirmar haver a inexpressividade da lesão jurídica provocada – por ser considerada ínfima a quantia alegada pela impetrante R\$ 0,40 (quarenta centavos de Real) – verifica-se na hipótese alto grau de reprovabilidade da conduta do paciente, policial militar, fardado, que, no seu horário de serviço, subtraiu uma

caixa de chocolates, colocando-a dentro de seu colete a prova de balas” (STJ, 5ª T., HC 192242, j. 22/03/2011). Porém, em sentido contrário, o STF reconheceu o princípio (HC 108373, j. 06/12/2011).

- **Furto em penitenciária:** não incidiu. “Não obstante o ínfimo valor do bem que se tentou subtrair, o alto grau de reprovação da conduta não permite a aplicação do princípio da insignificância, pois perpetrada dentro da penitenciária em que o agente cumpria pena por crime anterior, o que demonstra seu total desrespeito à atuação estatal” (STJ, 5ª T., HC 163435, j. 28/9/2010).
- **Furto em estabelecimento militar praticado por civis:** incidiu (STF, 2ª T., RHC 97816, j. 12/04/2011 – Informativo 623).
- **Furto qualificado praticado mediante escalada, arrombamento ou concurso de pessoas:** não incidiu. “A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a prática do delito de furto qualificado por escalada, arrombamento ou rompimento de obstáculo, concurso de agentes, ou se o paciente é reincidente ou possuidor de maus antecedentes, indica a reprovabilidade do comportamento a afastar a aplicação do princípio da insignificância (precedentes)” (STJ, 5ª T., HC 393.154, j. 27/06/2017).

▶ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2015 – DPE-PE – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “José, réu primário, após subtrair para si, durante o repouso noturno, mediante rompimento de obstáculo, um botijão de gás avaliado em R\$ 50,00 do interior de uma residência habitada, foi preso em flagrante delito. Tendo como referência essa situação hipotética, julgue o item subsecutivo, com base na jurisprudência dominante dos tribunais superiores a respeito desse tema. O crime praticado por José é atípico em razão da incidência do princípio da insignificância”.

- **Peculato praticado por militar:** incidiu (STF, 1ª T., HC 107638, j. 13/09/2011).
- **Peculato-furto praticado por militar:** não incidiu. “Considerou-se que a lesividade da conduta não deveria ser analisada exclusivamente sob o aspecto econômico e patrimonial, porquanto o delito perpetrado pelo paciente, peculato-furto,

atentaria também contra a Administração Militar (Título VII, Capítulo II, do CPM)” (STF, 2ª T., HC 104820, j. 07/12/2010 – Informativo 612).

- **Tráfico de drogas:** não incidiu. “Prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois se tratam de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida” (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1096628, j. 22/08/2017). No mesmo sentido: STF, 1ª T., HC 88820, j. 05/12/2006.

- **Posse de droga para consumo pessoal:**

STF: não incidiu. “É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente” (STF, 1ª T., HC 102940, j. 05/02/2011). Em sentido contrário: STF, 1ª T., HC 110475, j. 14/02/2012.

STJ: não incidiu. “1. Em razão da política criminal adotada pela Lei n. 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de drogas apreendidas. 2. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Vale dizer, o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência. Por isso mesmo, é irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado, no

caso, a saúde pública ou a do próprio indivíduo” (STJ, 6ª T., AgRg no HC 387.874, j. 03/08/2017).

- **Posse de drogas para consumo pessoal em estabelecimento militar:** não incidiu. “(...) 4. Bem jurídico penal-militar tutelado no art. 290, do CPM, não se restringe à saúde do próprio militar, flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, mas sim a tutela da regularidade das instituições militares. 5. art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, não altera a previsão contida no art. 290, CPM. 6. art. 2º, § 1º, LICC: não incide qualquer uma das hipóteses à situação em tela, eis que o art. 290, do CPM, é norma especial e, portanto, não foi alterado pelo advento da Lei nº 11.343/06. 7. Inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação às hipóteses amoldadas no art. 290, CPM” (STF, Pleno, HC 94685, j. 11/11/2010).
- **Moeda falsa:** não incide. “Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o princípio da insignificância é inaplicável ao delito de moeda falsa uma vez que o bem jurídico tutelado é a fé pública, sendo, independentemente do valor falsificado ou da quantidade de moeda expedida, malferida a credibilidade da moeda e a segurança da sua tramitação. Não há, portanto, falar em mínima ofensividade da conduta” (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1459167, j. 16/02/2016). “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mostra-se consolidada e em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal para afastar a incidência do princípio da insignificância ao delito de moeda falsa, independentemente do valor ou quantidade de cédulas apreendidas, uma vez que o bem jurídico tutelado por esta norma penal é a fé pública” (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1012476, j. 18/04/2017). No mesmo sentido: STF, 1ª T., HC 126285, j. 13/09/2016.

▶ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2009 – TRF1 – Juiz Federal) Foi considerada correta a seguinte alternativa: “Ainda que seja a nota falsificada de pequeno valor, descafe, em princípio, aplicar ao crime de moeda falsa o princípio da insignificância, pois, tratando-se de delito contra a fé pública, é inviável a afirmação do desinteresse estatal na sua repressão”.

- **Lesão corporal leve no âmbito militar (art. 209, § 4º, CPM):** incidu (STF, 2ª T., HC 95445, j. 02/12/2008).

- **Lei Maria da Penha:** não incide. **Súmula 589 do STJ:** “É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”.
- **Crime ambiental:** incidiu. “Esta Corte entende ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos ambientais, quando demonstrada a ínfima ofensividade ao bem ambiental tutelado (...)” (STJ, 5ª T., RHC 58.745, j. 04/05/2017). No mesmo sentido: STJ, 5ª T., AgrG no AREsp 901961, j. 18/08/2016; STJ, 5ª T., RHC 56.296, j. 06/08/2015; STF, Pleno, AP 439, j. 12/06/2008.
- **Ato infracional:** incidiu. “O Superior Tribunal de Justiça admite a incidência do princípio da insignificância nos processos relativos a atos infracionais praticados por crianças e adolescentes” (STJ, 6ª T., HC 357845, j. 16/08/2016). No mesmo sentido: STF, 1ª T., HC 102655, j. 22/06/2010.
- **Estelionato contra o INSS:** não incidiu. “O princípio da insignificância ‘não se aplica ao delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, uma vez que o prejuízo não se resume ao valor recebido indevidamente, mas se estende a todo o sistema previdenciário, notadamente ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador’ (...)” (STJ, 6ª T., RHC 56.754, j. 03/05/2016).
- **Crimes praticados com grave ameaça ou violência contra a vítima (ex.: roubo):** não incide. “A jurisprudência do STF e do STJ é pacífica, no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes praticados com grave ameaça ou violência contra a vítima, incluindo o roubo: ‘É inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça, incluindo o roubo’ (STF, RHC 106.360/DF, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 3/10/2012)” (STJ, 5ª T., HC 339999, j. 23/02/2016). Idem: STJ, 5ª T., RHC 82.226, j. 25/04/2017.
- **Crime tributário na esfera federal (ex.: descaminho):** incide. A discussão encontra-se no patamar do valor sonogado:

STF: O “Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de **R\$ 20.000,00**, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas

Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda” (HC 119849, 1ª T., j. 19/08/2014). No mesmo sentido: “1. No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00 previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 2. Na espécie, como a soma dos tributos que deixaram de ser recolhidos perfaz a quantia de R\$ 14.922,69, é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho, com base no princípio da insignificância, já que o paciente, segundo os autos, preenche os requisitos subjetivos necessários ao reconhecimento da atipicidade de sua conduta. 3. Ordem concedida para restabelecer a sentença com que, em virtude do princípio da insignificância, se rejeitou a denúncia ofertada contra o paciente” (STF, 1ª T., HC 126191, j. 03/03/2015). No mesmo sentido: STF, 1ª T., HC 127173, j. 21/03/2017.

STJ: “Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos do art. 927, § 4º, do Código de Processo Civil, afetou-se recurso especial para fins de revisão da tese fixada no REsp n. 1.112.748/TO (representativo da controvérsia) – Tema 157 (Relator Ministro Felix Fischer, DJe 13/10/2009), a fim de adequá-la ao entendimento externado pela Suprema Corte, no sentido de **considerar o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho**” (STJ, 3ª Seção, ProAfR no REsp 1709029, DJe 01/12/2017). **Anteriormente o STJ havia decidido que:** “A Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.393.317, em 12/11/2014, firmou a compreensão de ser aplicável o princípio da insignificância aos débitos tributários até o limite de R\$ 10.000,00, mesmo após a atualização do valor do ajuizamento da execução fiscal, previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, pelas Portarias n. 75 e 130 do Ministério da Fazenda” (STJ, 3ª Seção, AgRg nos EAREsp 522.775, j. 22/03/2017).

Obs.: crimes tributários na esfera estadual: “A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça preceitua que a aplicação do princípio da insignificância aos crimes sobre débitos tributários federais que não excedam R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com esteio no

disposto no artigo 20 da Lei n. 10.522/2002, não se estende a tributos que não sejam da competência da União, devendo ser aplicada a legislação do ente competente para legislar sobre o tributo em análise' (...)” (STJ, 5ª T., HC 388.340, j. 19/09/2017).

▶ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2017 – DPE-RS – Analista) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a aplicação do chamado princípio da insignificância penal para o crime de descaminho”.

(UFG/CS – 2014 – DPE-GO – Defensor Público) *Questão discursiva*: “Qual a natureza jurídica do princípio da insignificância? Explícite os vetores exigidos para a aplicação desse princípio aos crimes em geral, segundo reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal. Especificamente com relação aos crimes tributários, indique os valores para sua aplicação, segundo a jurisprudência atual, aos tributos federais, estaduais e municipais, se houver”.

- **Contrabando**: não incide. “Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o princípio da insignificância ao contrabando de cigarros. Tal entendimento decorre do fato de a conduta não apenas implicar lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, como na hipótese de descaminho. De fato, outros bens jurídicos são tutelados pela norma penal, notadamente a saúde pública, a moralidade administrativa e a ordem pública” (STJ, 5ª T., RHC 89.755, j. 05/10/2017). No mesmo sentido: “(...) 2. Impossibilidade de incidência, no contrabando ou descaminho de cigarros, do princípio da insignificância” (STF, 2ª T., HC 131205, j. 06/09/2016).
- **Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP)**:

STF: não incidiu. “Apropriação indébita previdenciária. Princípio da insignificância. Não aplicabilidade. Valor superior ao fixado no art. 1º, I, da Lei 9.441/97. Alto grau de reprovabilidade da conduta” (STF, 2ª T., HC 107331, j. 28/05/2013). Idem: STF, 1ª T., HC 98021, j. 22/06/2010. “(...) 2. Apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária. Condenação. 3. Reconhecimento da prescrição. Impossibilidade. Necessidade de esgotamento da via administrativa para deflagração da ação penal e início da contagem do prazo prescricional. Não ocorrência da alegada prescrição.

4. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Elevado grau de reprovabilidade da conduta. Precedentes(...)” (STF, 2ª T., RHC 132706 AgR, j. 21/06/2016).

STJ: incidiu. “Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos do art. 927, § 4º, do Código de Processo Civil, afetou-se recurso especial para fins de revisão da tese fixada no REsp n. 1.112.748/TO (representativo da controvérsia) – Tema 157 (Relator Ministro Felix Fischer, DJe 13/10/2009), a fim de adequá-la ao entendimento externado pela Suprema Corte, no sentido de **considerar o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho**” (STJ, 3ª Seção, ProAfr no REsp 1709029, DJe 01/12/2017). **Anteriormente o STJ havia decidido que:** “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona em reconhecer a aplicação do princípio da insignificância ao delito de apropriação indébita previdenciária, quando, na ocasião do delito, o valor do débito com a Previdência Social não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00, descontados os juros e as multas. Precedentes” (STJ, 6ª T., REsp 1419836, j. 13/06/2017).

➤ **Peculato:**

STJ: não incide. “É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de peculato e aos demais delitos contra Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insusceptível de valoração econômica’ (HC 310.458/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/10/2016)” (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1019890, j. 16/05/2017).

Súmula 599 do STJ

“O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública”.

STF: incidiu. “Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. *Res furtiva* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente.

Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou *habeas corpus*, ser absolvido por atipicidade do comportamento” (STF, 2ª T., HC 112388, j. 21/08/2012). No mesmo sentido: STF, HC 107370/SP, j. 26/04/2011 – Informativo 624.

- **Violação de direito autoral:** não incide. “A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.193.196/MG, sedimentou entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da adequação social e da insignificância ao delito descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, sendo considerada materialmente típica a conduta” (STJ, 5ª T., HC 342435, j. 07/04/2016). Ainda: “A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.193.196/MG, sedimentou entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da adequação social e da insignificância ao delito descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, sendo considerada materialmente típica a conduta” (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1629768, j. 27/04/2017).

6. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Pode ser analisado em três sentidos diversos:

- a) **Culpabilidade como elemento do crime ou pressuposto de aplicação da pena:** a culpabilidade é formada por: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (ver capítulo Culpabilidade).
- b) **Culpabilidade como medição de pena:** nesse aspecto, a culpabilidade possui a função de estabelecer os parâmetros pelos quais o juiz fixará a pena no momento da condenação, conforme dispõe o art. 59 do Código Penal.
- c) **Culpabilidade como princípio da responsabilidade subjetiva:** o sujeito só pode ser responsabilizado se sua conduta ofensiva for dolosa (quis o fato ou assumiu o risco de produzi-lo) ou culposa (deu causa ao resultado por imprudência,

negligência ou imperícia). Em regra, os tipos penais são dolosos. Os tipos culposos devem ter previsão expressa.

Como bem esclarece Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de Direito Penal*, 2011, p. 47), decorrem **três consequências materiais do princípio da culpabilidade**: “a) não há responsabilidade penal objetiva; b) a responsabilidade penal é pelo fato praticado e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena”.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2006 – DPE-SP – Defensor Público) Foi considerada correta a seguinte alternativa: “(c) culpabilidade se refere ao fato”. Na mesma questão foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas sobre o princípio da culpabilidade: (a) culpabilidade não interfere na medida da pena; (b) culpabilidade se refere ao autor; (d) análise da culpabilidade compete ao juiz do processo de conhecimento e ao juiz do processo de execução; (e) análise da culpabilidade não é essencial para a individualização da pena.

7. PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

O Direito Penal possui como função a proteção de bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Assim, o Estado não pode utilizar o Direito Penal para tutelar a moral, a religião, os valores ideológicos etc., sob pena de prevalecer a intolerância. Como anteriormente explicado, é uma das decorrências do princípio da ofensividade.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-GO – 2005 – Promotor de Justiça): “O Direito Penal não serve para a tutela da moral ou para a realização de pretensões pedagógicas. Essa afirmação está intimamente vinculada a qual princípio constitucional penal? (...) **princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos**”.

8. PRINCÍPIO DA MATERIALIZAÇÃO DO FATO (NULLUM CRIMEN SINE ACTIO)

Deve haver um **Direito Penal do fato** e não um **Direito Penal do autor**, ou seja, a pena deve ser imposta por ter o agente praticado um fato lesivo a bem jurídico de terceiro e não em razão do modo de ser do sujeito. Assim, devem ser abolidas de nosso ordenamento infrações penais como a disposta no art. 59 da LCP (vadiagem), pois ocorre a punição de um sujeito pelo modo de ser e não por

um fato lesivo a terceiro. Conforme referido anteriormente, trata-se de uma decorrência do princípio da ofensividade e da culpabilidade.

9. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE OU DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA

A pena deve ser aplicada somente ao autor do fato e não a terceiros.

CF, art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Assim, com a morte do condenado, a sanção penal se resolve (*mors omnia solvit*). No entanto, os efeitos secundários extrapenais da sentença penal condenatória subsistem (obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens), de sorte que os herdeiros respondem até o limite da herança.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(IBADE – 2017 – PC-AC – Delegado de Polícia) “O suicídio é um crime (assassínio) [...]. Aniquilar o sujeito da moralidade na própria pessoa é erradicar a existência da moralidade mesma do mundo, o máximo possível, ainda que a moralidade seja um fim em si mesma. Consequentemente, dispor de si mesmo como um mero meio para algum fim discricionário é rebaixar a humanidade na própria pessoa (*homo noumenon*), à qual o ser humano (*homo phaenomenon*) foi, todavia, confiado para preservação” (KANT, Immanuel, *a Metafísica dos Costumes*). A extinção da própria vida já foi objeto de sancionamento penal em diversos países. Esclarece Galdino Siqueira (Tratado, tomo III, p. 68) que o direito romano punia com confisco de bens o ato de suicidar-se para fugir a uma acusação ou à pena por outro delito. A mesma pena foi aplicada em França. O confisco-segundo o autor-persistia na Inglaterra no início do século XX, desde que o suicídio não fosse efeito de uma desordem mental provada. Tendo por base o confisco de bens outrora pertencentes ao suicida – que tem herdeiros – como forma de punição penal, é correto afirmar que responsabilização de terceiros pela conduta de alguém viola o princípio penal, denominado:

- a) individualização judicial da pena.
- b) taxatividade
- c) intranscendência.

- d) ofensividade.
- e) inderrogabilidade.

Gabarito: C.

10. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Nenhuma pena pode atentar contra a dignidade da pessoa humana, de sorte que é vedada a aplicação de penas cruéis e infamantes, bem como determina que a pena seja cumprida de forma a efetivamente ressocializar o condenado. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (*Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 177), tal princípio “é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito”.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – DPE-MA – Defensor Público) “A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são desdobramentos do princípio da: a) proporcionalidade; b) intervenção mínima do Estado; c) fragmentariedade do Direito Penal; d) humanidade; e) adequação social”.

Gabarito: D.

11. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Introduzido no Direito Penal por Hans Welzel, trata-se de um princípio de hermenêutica. Pode-se dizer que uma **conduta socialmente adequada** não pode ser típica, de sorte que não será criminosa. Segundo assevera Francisco de Assis Toledo, “a adequação social exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos” (*Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 132). Como exemplo, cita o autor as lesões corporais causadas por um pontapé em partidas de futebol.

Registre-se que o princípio da adequação social não afasta a tipicidade da conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas. Nesse

sentido é o enunciado da **Súmula 502 do STJ**: “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Conforme entendimento do STJ, o princípio da adequação social justificaria o arquivamento de inquérito policial instaurado em razão da venda de CDs e DVDs”.

12. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (PROIBIÇÃO DO EXCESSO)

No escólio de Fábio Roque Araújo, a “proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados”. Ainda no dizer de Fábio Roque, se destacam três importantes acepções: 1ª) princípio da proporcionalidade como “princípio geral do Direito, na medida em que impõe ao operador do Direito a busca incessante pelo equilíbrio entre os interesses em conflito”; 2ª) princípio da proporcionalidade como “limite dos limites aos direitos fundamentais”; 3ª) princípio da proporcionalidade “como critério estrutural para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais, vinculante para o legislador” (*O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: Juspodivm, 2011, p.117-9).

Visando a estabelecer parâmetros à sua delimitação, o princípio da proporcionalidade é decomposto em três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Nesse ponto, como muito bem sintetiza Fábio Roque, se mostra relevante frisar que “outras duas teorias remanescem em derredor do tema. Para a primeira, os elementos (ou sub-regras) da proporcionalidade seriam, apenas, a adequação e a necessidade. Esta teoria é adotada pelos críticos do sopesamento, que repudiam a proporcionalidade em sentido estrito, justamente por considerar que sua análise implica um sopesamento. Há uma última teoria, de acordo com a qual, além dos três elementos, haveria um quarto, qual seja, a análise da legitimidade dos fins que a medida

pretende alcançar. A adoção desta última teoria tem sido levada a efeito pela Corte Europeia de Direitos Humanos (cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Ob. cit.*)”.

Com efeito, por interferir na esfera da liberdade e de outros direitos fundamentais, o Direito Penal deve possuir como norte o princípio da proporcionalidade em seus três subprincípios:

- 1) **adequação**: a medida adotada pelo Estado (utilização do Direito Penal) deve ser adequada (apta) para alcançar os fins pretendidos (proteção do bem jurídico, prevenção e retribuição).
- 2) **necessidade**: o Direito Penal só deve atuar de forma subsidiária, isto é, quando se mostrarem insuficientes as demais formas de controle social.
- 3) **proporcionalidade em sentido estrito**: os meios utilizados para consecução dos fins não devem extrapolar os limites do tolerável. Os benefícios a serem alcançados (tutela eficaz do bem, prevenção e retribuição) devem ser maiores que os custos (sacrifício do autor do crime ou da própria sociedade).

Podemos afirmar, portanto, que o princípio da proporcionalidade tem a função de proteção do indivíduo contra o abuso do poder estatal. O Estado deve possuir limites em seu poder punitivo, sendo que seu exercício também limita os direitos fundamentais. Trata-se de um sistema de **proteção negativa**, no sentido de o Estado não violar, por meios de ações, os direitos fundamentais.

► **Atenção:**

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI DE DROGAS (PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA)

“Posto esse quadro fático, observo que os defensores da tese da constitucionalidade da vedação abstrata e apriorística de concessão de liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006 sustentam que ela foi editada em harmonia com o próprio texto constitucional, que prevê a inafiançabilidade dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, portanto um tratamento mais rigoroso (CF, art. 5º, XLIII: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los,

se omitirem;”). Verifica-se, por outro lado, que essa proibição (Lei n. 11.343/2006, art. 44, que retiraria sua razão de ser da própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII) conflita com outros princípios também revestidos de dignidade constitucional, dentre eles a presunção de inocência e o devido processo legal. Diante desse choque de princípios constitucionais, considero adequada a análise da legitimidade da mencionada vedação abstrata prevista na Lei de Drogas a partir de sua conformidade ao princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais

contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto). (...)” – STF, Pleno, HC 104.339, j. 10/05/2012, trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, Relator.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2017 – MPE-RR – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “No direito penal, o princípio da proporcionalidade fundamenta a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei Antidrogas, que veda a concessão de liberdade provisória em crimes relacionados às drogas”.

(FCC – 2017 – DPE-RS – Analista) O que nos parece é que as duas dimensões do bem jurídico-penal – a valorativa e a pragmática – apresentam áreas de intensa interpenetração, o que origina a tendencial convergência entre elevada dignidade penal e necessidade de tutela penal, assim como, inversamente, entre reduzida dignidade penal e desnecessidade de tutela penal. (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 424). Nesse tópico, o tema central do raciocínio da jurista portuguesa radica primordialmente no campo da ideia constitucional de:

- a) individualização.
- b) dignidade humana.
- c) irretroatividade.
- d) proporcionalidade.
- e) publicidade.

Gabarito: D.

13. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE)

Como visto, o princípio da proporcionalidade tradicionalmente traduz-se na **proibição do excesso/Übermassverbot (garantismo negativo)**. Entretanto, atualmente a doutrina vem apontando uma nova face da proporcionalidade, qual seja, a **proibição da proteção deficiente/Untermassverbot (garantismo positivo)**.

O sistema de proteção dos direitos fundamentais se expressa

em **proteção negativa** (proteção do indivíduo frente ao poder do Estado) e **proteção positiva** (proteção, por meio do Estado, dos direitos fundamentais contra ataques e ameaças provenientes de terceiros).

Pelo princípio da proibição de proteção insuficiente (proibição de não suficiência ou proibição por defeito), expressão cunhada por Claus-Wilhelm Canaris, o Estado também será omissor quando se omite ou não adota medidas suficientes para garantir a proteção dos direitos fundamentais.

No escólio de Maria Streck, o “Estado também poderá deixar de proteger direitos fundamentais, atuando de modo deficiente / insuficiente, ou seja, deixando de atuar e proteger direitos mínimos assegurados pela Constituição. A partir disso, vislumbra-se o outro lado da proteção estatal, o da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), chamada no direito alemão de *Untermassverbot*. (...) Portanto, o Estado Democrático de Direito não exige mais somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas, também, uma defesa contra qualquer poder social de fato” (*Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, p. 92).

Nas palavras de Luciano Feldens, a “proibição de proteção deficiente encerra, nesse contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma omissão, total ou parcial – vulnera um direito fundamental (pensemos, v.g., na hipótese da despenalização do homicídio)” (*A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 109).

O caso paradigmático é a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, de 25/02/1975, que declarou inconstitucional o 5º StRG, de 18/06/74, que permitia o aborto se observadas certas condições (tempo de gravidez, praticado por médico, consentimento). Considerou que se a vida não for tutelada por outros meios, o Estado deve protegê-la via tutela penal. Essa decisão é utilizada para o reconhecimento dos chamados “mandados implícitos de criminalização”.

Para simplificar a construção jurídica sobre a temática, vejamos os seguintes exemplos:

Exemplo 1: lei que viesse a descriminalizar o aborto poderia ser

considerada inconstitucional em razão da insuficiente proteção ao direito fundamental à vida.

Exemplo 2: lei que viesse a cominar pena de 1 a 2 anos ao crime de estupro poderia ser considerada inconstitucional em razão da insuficiente proteção ao direito fundamental à liberdade sexual e à dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema (na esfera penal), vide o voto do Ministro Gilmar Mendes (STF – RE 418.376), bem como: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Insuficiente*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 47, mar-abr de 2004 e Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra n° 81, 2005, p. 325-386.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2014 – MP-AC – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “Uma das vertentes do princípio da proporcionalidade é a proibição de proteção deficiente, por meio da qual se busca impedir um direito fundamental de ser deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas inferiores à importância exigida pelo bem que se quer proteger”.

(MPE-MG – 2007 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* “O princípio da proporcionalidade no Direito Penal”.

Confisco e proibição de proteção deficiente:

STF: “1. O confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, insculpido na própria Constituição Federal que o garante (art. 5º, caput, e XXII). 2. O confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, à semelhança das demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por requisitos outros que não os estabelecidos no artigo 243, parágrafo único, da Constituição. 3. O confisco no direito comparado é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que ‘o crime não deve compensar’, perspectiva adotada não só pelo constituinte brasileiro, mas também pela República Federativa do Brasil que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. 4. O tráfico de drogas é reprimido

pelo Estado brasileiro, através de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados.

5. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo Poder Constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Precedente: HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJ 26-03-2012.

6. O confisco previsto no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, atentando à linguagem natural prevista no seu texto. Precedente: RE 543974, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJ 28-05-2009.

7. O Supremo Tribunal Federal sedimentou que: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EFICÁCIA SUSPENSIVA ATIVA – TRÁFICO DE DROGAS – APREENSÃO E CONFISCO DE BEM UTILIZADO – ARTIGO 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Impõe-se o empréstimo de eficácia suspensiva ativa a agravo, suspendendo-se acórdão impugnado mediante extraordinário a que visa imprimir trânsito, quando o pronunciamento judicial revele distinção, não contemplada na Constituição Federal, consubstanciada na exigência de utilização constante e habitual de bem em tráfico de droga, para chegar-se à apreensão e confisco – artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. (AC 82-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-2-2004, Primeira Turma, DJ de 28-5-2004).

8. A habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, *in casu*, da droga, não é pressuposto para o confisco de bens, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal.

9. Tese: É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal.

10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento” (RE 638491, Pleno, j. 17/05/2017).

