



Teoria da Lei Penal

Prof^a. Fernanda Rocha Martins
@fequintao



Teoria da lei penal

Certame	Cobrança
1- UFMT – DPE/MT – 2016	Princípios
2- FCC – DPE/RR – 2017	Princípios
3- VUNESP – DPE/RO – 2017	Escolas Penais
4- VUNESP – DPE/RO – 2017	Interpretação da lei
5- FCC – DPE/AM – 2017	História do direito penal
6- FCC – DPE/RS – 2018	Insignificância
7- FUNDEP – DPE/MG – 2019	Princípios
8- Cespe/Cebraspe – DPE/DF – 2019	Lei Penal no Espaço
9- FCC – DPE/RR – 2021	Princípios



Teoria da lei penal

I- Teoria da Lei Penal

1) Conceito:

- Diferença entre lei e norma:

a) O trabalho de Karl Binding (As normas e sua violação): O delinquente não realiza uma conduta exatamente contrária à descrita pela lei. O sujeito cumpre as previsões legais quando mata ou lesiona. A infração que realiza não vai dirigida contra a lei penal, mas contra seu pressuposto lógico, que é a norma. Norma e lei, portanto, são questões absolutamente distintas.

Com base nisso, tem-se a divisão entre norma primária e norma secundária (BRITO, 2017, p. 80-81).



Teoria da lei penal

- Norma primária: é dirigida ao cidadão, e é o pressuposto da lei penal (não deves matar ou, em sentido contrário, deves socorrer, por exemplo). A norma primária é uma norma de determinação, pois seu objetivo é motivar os sujeitos para que não pratiquem determinado delito. Trata-se de uma decisão político-criminal que associa uma pena a determinado comportamento.
- Norma secundária: é dirigida aos órgãos do Estado, que devem fazer cumprir a norma primária, concretamente aos juízes que devem aplicar a lei. Dessa norma secundária deriva a aplicação da pena. Advirta-se que a norma secundária opera *ex post*, uma vez que o sujeito violou uma norma primária formulada *ex ante*.
- É o entendimento adotado pelo professor Zaffaroni: “Quando o legislador encontra-se diante de um ente e tem interesse em tutelá-lo, é porque o valora. Sua valoração do ente traduz-se em uma norma,



Teoria da lei penal

que eleva o ente à categoria de bem jurídico. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser penalmente tutelado. (...) O tipo pertence à lei, mas nem a norma nem o bem jurídico pertencem à lei, mas são conhecidos através do tipo legal e limitam seu alcance (ZAFFARONI, 2020, 403-404).

b) O Trabalho de Binding, entretanto, não é unanimidade. Grande parte da doutrina aduz que a lei é a fonte da norma penal e a norma, pode se afirmar, é o conteúdo daquela. O professor Silva Sánchez, por exemplo, afirma que nem as normas primárias nem as normas secundárias são independentes dos enunciados penais legais. As normas penais, neste sentido, não constituem mais que uma interpretação dos enunciados legais, dos quais podem distinguir-se conceitualmente, mas não quanto ao momento de surgimento, conteúdo ou natureza (BITENCOURT, 2015, 176).



Teoria da lei penal

- Uma norma é uma regra de conduta que pode achar-se expressada linguisticamente ou ser inferida do que habitualmente se faz. Mas na medida em que aqui tratamos de normas penais, podemos deixar de lado essa segunda opção: em virtude da submissão do Direito Penal ao princípio da legalidade, as normas penais hão de achar-se contidas na lei. A lei penal é, portanto, o instrumento no qual as normas penais se expressam, ou dito de outro modo, sua fonte. A lei não é, sem mais, a norma, senão que a norma se expressa na lei e é o que a lei significa ou parte do que a lei significa” VIVES ANTÓN, 2011, 352, trad. livre).
- A lei contém uma norma que pode ser proibitiva ou mandamental, permissiva, explicativa ou complementar:
 - a) Normas penais incriminadoras: têm a função de definir as infrações penais, proibindo (crimes



Teoria da lei penal

comissivos) ou impondo (crimes omissivos) a prática de condutas, sob ameaça expressa e específica de pena, e por isso são consideradas normas penais em sentido estrito. Essas normas compõem-se de dois preceitos: (I) preceito primário, que encerra a norma proibitiva ou mandamental ou, em outros termos, que descreve com clareza e precisão a infração penal, comissiva ou omissiva; (II) preceito secundário, que representa a cominação abstrata da respectiva sanção penal.

b) Normas penais não incriminadoras: estabelecem regras gerais de interpretação e aplicação das normas penais em sentido estrito, repercutindo tanto na delimitação da infração penal como na determinação da sanção penal correspondente. Podem ser:

- Normas permissivas: opõem-se ao preceito primário da norma incriminadora, autorizando uma



Teoria da lei penal

conduta em abstrato proibida. São regras de exceção para os casos em que, apesar da adequação entre a conduta realizada e a infração penal, não existe uma contraposição valorativa entre aquela conduta e o ordenamento jurídico.

- Normas penais explicativas e complementares: correspondem àquelas proposições jurídicas que esclarecem, limitam ou complementam as normas penais incriminadoras dispostas na Parte Especial: seja na determinação da infração penal, esclarecendo ou complementando o preceito primário; ou na determinação da consequência jurídica, esclarecendo, limitando ou complementando o preceito secundário (ex. art. 31, CP).

2) Fontes:



Teoria da lei penal

- Por fontes, deve-se entender a origem primária, a gênese das normas jurídicas. Poderia ser todo e qualquer fato ou acontecimento que propicie o surgimento da norma jurídica. Contudo, Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, concebe à expressão *fonte do direito*, o fundamento de validade jurídico-positiva das normas do direito. Logo, fontes do direito são todas as formas ou modalidades por meio das quais são criadas, modificadas ou aperfeiçoadas as normas de um ordenamento jurídico (Bitencourt, 2015, 180-181).
- **Fontes materiais (de produção):** referem-se ao conteúdo da norma em sua gênese e produção. O Estado é a única fonte de produção do Direito Penal. A CF/88, em seu artigo 22, I, estabelece que compete à União legislar em matéria penal. A organização da nossa sociedade por meio de um sistema político democrático representa a garantia político/institucional de que nenhuma pessoa



Teoria da lei penal

poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis que sejam fruto do consenso democrático (legislador como representante do povo, de quem emana o poder).

- **Fontes formais (fontes de conhecimento ou cognição):** referem-se à forma de manifestação das normas jurídicas, ou seja, a maneira de revelarem as regras e preceitos impostos obrigatoriamente à obediência de todos. No caso do Direito Penal, o instrumento de materialização das normas jurídicas só pode ser a lei formal. Pela importância dos bens jurídicos que protege e pela gravidade das sanções que comina, o Direito Penal distingue-se dos demais ramos do direito positivo. Por essa razão, ao Direito Penal, que se caracteriza por dogmas e princípios fundamentais, somente lei, como fonte formal, pode dar a certeza e a precisão que seus fins exigem. Inegavelmente, num sistema legalista escrito, a fonte por excelência só pode ser a lei penal.



Teoria da lei penal

- As fontes formais podem ser (I) imediatas (é a lei) ou mediatas (costumes, jurisprudência, doutrina e princípios gerais do direito).
- A questão da Súmula Vinculante: “O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão” (Art. 2º, §1º, Lei nº 11.417/2006).
- O trabalho de Zaffaroni sobre as fontes do direito penal:
 - a) Fontes de produção da legislação penal: das quais emerge a legislação penal (União).
 - b) Fontes de cognição da legislação penal: representadas pela própria legislação (leis federais).
 - c) Fontes de conhecimento do saber jurídico-penal: são aquelas empregadas por este saber para a



Teoria da lei penal

elaboração de seus conceitos (legislação, dados históricos, jurisprudência, informação, fática, etc.).

- d) Fontes de informação do saber jurídico-penal: das que obtemos do estado passado ou presente deste saber penal (tratados, monografias, etc.).

3) Objetivos:

- Segundo doutrina majoritária, o Direito Penal tem por objetivo/função a proteção de bens jurídicos.
- Claus Roxin: “A tarefa do Direito Penal é garantir aos cidadãos uma convivência pacífica e harmoniosa respeitando-se os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Isso decorre dos princípios da nossa constituição, mas também dos fundamentos teóricos estatais da democracia.



Teoria da lei penal

Esses princípios vêm do Iluminismo europeu e do modelo mental do contrato social dele desenvolvido e, conforme a ele, os cidadãos, como detentores do poder instituem um governo estatal e lhe transferem o monopólio do poder, apenas na medida necessária para garantir a segurança e liberdade. Ao Estado não é permitido criminalizar tudo, mas só poderá proibir quando isso for necessário para a segurança e liberdade das pessoas (...). As condições essenciais para uma convivência pacífica e harmônica entre pessoas são o que chamamos de bens jurídicos, por exemplo, a vida a integridade corporal, a propriedade intelectual, o patrimônio e os chamados bens públicos, como a moeda, uma administração saudável da justiça ou a honestidade da administração pública. Pois em nossa sociedade moderna, sem essas condições, não será possível, respeitando-se todos os direitos civis do cidadão, uma convivência pacífica e livre para todos”.

- Prossegue Roxin, “(...) o Direito Penal nunca teve a tarefa de proteger todo e qualquer bem jurídico. O Direito Penal, com suas sanções mais duras, somente pode abranger os âmbitos nos quais outras medidas estatais mais



Teoria da lei penal

leves, como sanções civis, administrativas ou outras medidas político-sociais não foram suficientes para preservar a paz e a liberdade. Em poucas palavras, pode-se dizer que a tarefa do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos”. Dessa afirmação, Roxin extrai 02 conclusões, uma referente à legislação e outra à dogmática jurídico-penal:

- “De uma perspectiva político-criminal da legislação, a doutrina da proteção subsidiária de bens jurídicos permite à conclusão de que não só os direitos à liberdade e à igualdade já mencionados devem ser respeitados, mas disposições penais meramente moralistas ou diretamente paternalistas são inadmissíveis porque tais comportamentos não trazem nenhuma lesão a bens jurídicos de terceiros. Ex. posse de drogas para consumo pessoal.
- Quanto à dogmática: “Quando se realmente vê como papel constitucional do Direito Penal a tarefa de proteção subsidiária de bens jurídicos e se pergunta como o sistema jurídico pode garantir essa proteção, pode



Teoria da lei penal

se dar apenas uma resposta: deve-se proibir a criação de riscos não permitidos a bens jurídicos protegidos penalmente e imputar a realização de tais riscos em um resultado lesivo aos autores como uma ação típica protegida. Ex. motorista que desconsidera as leis de trânsito e cria um risco não permitido.

Atenção: Bem jurídico não se confunde com objeto material. Objeto material é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa. Exemplo: homicídio - o bem jurídico tutelado, ou seja, o que se busca proteger como tipo penal é a vida. O objeto material (ou seja, aquilo contra quem se volta o agente) é a pessoa.

Funções desempenhadas pelo bem jurídico:

- a) Função fundamentadora: Não existe crime sem bem jurídico. Este dá fundamento, substrato, ao crime.



Teoria da lei penal

- b) Função sistemática: O sistema é montado a partir de bens jurídicos. No próprio Código Penal, os crimes são classificados por bem jurídicos (crimes contra a pessoa, crimes contra o patrimônio etc.).
- c) Função interpretativa: O tipo penal deve ser interpretado conforme o bem jurídico.
- d) Função processual: O bem jurídico atingido orienta a própria determinação da competência. Ex.: se o crime é contra o trabalhador individual, a competência, em princípio, é da Justiça Estadual. Se há lesão à organização do trabalho, como um todo, a competência passa a ser da Justiça Federal.

4) Princípios do Direito Penal:

- A doutrina costuma separar os princípios em constitucionais explícitos, que estão expressos na CF/88, e aqueles que aparecem de modo implícito.



Teoria da lei penal

a) Constitucionais explícitos:

- Legalidade (art. 5º, XXXIX, CF):
- Anterioridade (art. 5º, XXXIX, CF).
- Retroatividade da lei penal benéfica (art. 5º, XL, CF).
- Personalidade ou responsabilidade pessoal (art. 5º, XLV, CF).
- Individualização da pena (art. 5º, XLVI, primeira parte, CF).
- Humanidade (art. 5º, XLVII, CF).

b) Constitucionais implícitos:

- Intervenção mínima.
- Fragmentariedade.



Teoria da lei penal

- Subsidiariedade.
- Ofensividade ou lesividade.
- Insignificância ou bagatela.
- Adequação social.

4.1. Princípios em espécie:

4.1.1. Legalidade:

- Refere-se à consagrada fórmula de Feuerbach: *nullun crimen, nulla poena sina praevia lege*.
- Origem: Não há consenso. Para alguns o princípio nasceu no Direito Romano. Para outros, em 1215, com a Charta Magna Libertatum, editada por João Sem Terra. Para Francisco de Assis Toledo, origina-



Teoria da lei penal

se no Bill of Rights das colônias inglesas da América do Norte e na Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, da Revolução Francesa.

- O primeiro diploma a positivá-lo foi o Código Penal francês de 1810.
- No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 o previu, assim como o Código Criminal do Império (1830).
- O princípio da legalidade, que tem como fundamento o Estado de Direito, é a base de todo o Direito Penal. Por isso, a CF o prevê em seu art. 5º, inciso XXXIX (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), e o CP, em seu art. 1º (Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal).
- Além disso, o princípio da legalidade é previsto em importantes documentos internacionais, a dizer:



Teoria da lei penal

- a) Convênio para proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais (1950, art. 7º).
- b) Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).
- c) Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (1977, artigos 22 e 23).

4.1.1.1. Conceituação:

- O princípio da legalidade é um instrumento que protege o cidadão do próprio Direito Penal (Roxin). Assim, trata-se de fator de contenção dos abusos do Estado. O princípio da legalidade é vetor basilar do garantismo, ou seja, é real limitação do poder punitivo do Estado em face das máximas garantias do cidadão. O fundamento político deste princípio, portanto, é a proteção do indivíduo face a atuação abusiva do Estado.



Teoria da lei penal

4.1.1.2. Vertentes do princípio da legalidade:

a) *Lege praevia* (art. 5º, incisos XXXIX e XL da CF): Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. A lei penal deve ser prévia à prática da infração penal. Trata-se do princípio da anterioridade da lei penal, que tem como consequência a proibição da retroatividade da lei penal mais severa, cuja previsão encontra-se no art. 5º, inciso XL, da CF, ou seja, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (a retroatividade benéfica é garantia fundamental do cidadão).

b) *Lege scripta* (reserve legal): Somente a lei penal escrita, em sentido formal, poderá criar crimes e cominar penas. O princípio da reserva legal coincide com o sentido estrito do princípio da legalidade. A reserva legal é cumprida, em regra, pela edição de lei ordinária, e, em casos excepcionais, por lei complementar. Assim, é impossível a criação de crimes e penas por decreto, por exemplo.



Teoria da lei penal

- Atenção: A medida provisória não poderá versar sobre direito penal e processual penal, conforme a redação do art. 62, § 1º, b, da CF.
- Além disso, proíbe-se a criação de crimes pela via dos costumes. Não existe, no direito penal, o costume incriminador, embora possa o costume servir para a interpretação da lei penal (costume interpretativo). O costume também não serve para revogar uma infração penal (costume abolicionista). Somente uma lei tem condição de revogar outra lei, conforme exarado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Esse entendimento também é adotado pelo STJ, na Súmula 502:

"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."



Teoria da Lei Penal

c) *Lege Sctrita*: A interpretação do tipo penal, além da verificação do juízo de tipicidade deve ser estrita, assim, conseqüentemente, o direito penal veda o uso da analogia incriminadora.

d) *Lege certa* (taxatividade): A lei penal deve ser clara, certa, precisa, proibindo-se o uso de conceitos vagos e imprecisos. Estamos diante do fundamento jurídico da reserva legal, qual seja, o princípio da taxatividade, o qual exige, na elaboração dos tipos penais, a facilidade na sua compreensão, não devendo deter em seu conteúdo expressões ambíguas ou indeterminadas.

4.1.1.3. Fundamentos do princípio da legalidade:

a) Político: exigência de vinculação dos Poderes Executivo e Judiciário às leis, impedindo o poder punitivo arbitrário;



Teoria da lei penal

- b) Democrático: respeito ao princípio da separação dos poderes;
- c) Jurídico: a lei prévia e clara gera importante efeito intimidativo.

4.1.1.4. Sentidos do princípio da legalidade:

- a) Sentido amplo (CF, art. 5º, inciso II): Ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo, salvo em virtude de lei.
- b) Sentido estrito (art. 5º, inciso XXXIX): Específico para o direito penal - “nullum crimen sine praevia legis”. Legalidade criminal – não há crime sem lei. Legalidade penal – não há pena sem lei. Legalidade jurisdicional ou processual – não há processo sem lei. Legalidade execucional – não há execução sem lei.



Teoria da lei penal

4.1.2. Personalidade ou responsabilidade pessoal:

- Encontra-se previsto expressamente na CF/88:

Art. 5º, inciso 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;

- Significa que a pena não pode passar da pessoa do agente. Ex. não é possível, por exemplo, aplicar pena ao filho por crime cometido pelo pai.

- Reflexo desse princípio no processo penal: refere-se ao denominado princípio da intranscendência, segundo o qual a acusação deve ser dirigida contra o provável autor da infração.



Teoria da lei penal

4.1.3. Intervenção mínima:

- Conceito: o direito penal, sendo a forma mais agressiva de interferência estatal na vida privada do indivíduo (aplicação de penas privativas de liberdade), somente deve ser utilizado em face dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais relevantes, e desde que os outros instrumentos de controle estatal não sejam suficientes para lidar com a situação.
- A intervenção mínima (ou direito penal mínimo) surge com a Declaração Universal dos Direitos do Homem como forma de se garantir que a intervenção estatal no plano individual ocorra, apenas, quando estritamente necessário. Entre nós, trata-se de princípio constitucional implícito.
- Do princípio, é possível extrair outros subprincípios, que parte da doutrina prefere tratar como princípios autônomos, quais sejam:



Teoria da lei penal

a) Subsidiariedade: O Direito Penal é subsidiário, é a *ultima ratio*. A criminalização de uma conduta somente será legítima caso seja o único meio eficaz para a proteção do bem jurídico. Somente deve ser utilizado se as outras formas de controle social e demais ramos do direito revelarem-se insuficientes na tutela do bem jurídico (ex.: sanções administrativas ou cíveis).

b) Fragmentariedade: O Direito Penal não deve ser utilizado para tutelar toda e qualquer situação, nem para tutelar todo e qualquer bem jurídico. Somente uma pequena parcela da imensa gama de atos ilícitos existentes interessa a esse ramo do direito. Tal parcela compreende os atos que ofendem de modo mais grave os bens jurídicos considerados essenciais para o convívio em sociedade. Logo, o direito penal só intervirá quando houver relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.



Teoria da lei penal

**** Alguns autores referem-se à fragmentariedade como fundamento do princípio da insignificância que, por sua vez, causa a atipicidade material da conduta.

c) Insignificância ou bagatela:

- É decorrência do princípio da intervenção mínima, na vertente da fragmentariedade, anotando-se, porém, que parte da doutrina o relaciona como princípio autônomo.
- Está assentado no brocardo “de minimis non curat praetor”.
- Foi introduzido ao Direito Penal por Claus Roxin em 1964.
- O princípio é calcado na ideia de que certas condutas, embora tipificadas na lei, representam uma lesão ínfima ao bem jurídico, tornando desnecessária e indevida a aplicação de sanção penal. Há



Teoria da lei penal

tipicidade formal, mas não tipicidade material. Assim, o princípio da insignificância pode ser entendido como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal.

- O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a aplicabilidade do referido princípio, impôs requisitos para sua aplicação (HC 98152, Min. Celso de Mello, j. 19.05.2009):

"PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, "CAPUT") DE CINCO BARRAS DE CHOCOLATE - "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 20,00 (EQUIVALENTE A 4,3% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM



Teoria da lei penal

TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO PARA ABSOLVER O PACIENTE. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da



Teoria da lei penal

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 esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como **(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPICIDADE PENAL, IMPORTA EM ABSOLVIÇÃO CRIMINAL DO RÉU. - A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes.



Teoria da lei penal

- Insignificância nos casos de reincidência:

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. 1.

A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a



Teoria da lei penal

incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente" (Tribunal do Pleno, HC 123.108, Min. Roberto Barroso, j. 03.08.2015).

Obs. Não obstante o entendimento esposado, o que se tem visto é a **não** aplicação da insignificância em caso de reincidência e contumácia delitiva:

STF, Segunda Turma, RHC 198.550 AgR, relator Ministro Nunes Marques, j. 04.10.2021.

STJ, Quinta Turma, AGRG no AREsp 1015210/MG, relator Ministro Felix Fischer, j. 04.04.2017.

STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 1509985/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17.04.2018.



Teoria da lei penal

- Súmulas importantes acerca do tema:

Súmula 589 do STJ: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

Súmula 599 do STJ: O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. Atenção: o próprio STJ afastou a incidência dessa súmula no RHC 85.272 (Hipótese: o denunciado passou o carro por cima de um cone de trânsito ao furar um bloqueio da Polícia Rodoviária Federal. A 2ª Vara Criminal de Gravataí condenou o réu por dano qualificado e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) negou o pedido de habeas corpus, entendendo que as ações do acusado apresentam alto grau de reprovação. Para o TJRS, o valor do bem não deve ser o único parâmetro para a análise da lesividade da conduta e aplicação do princípio da insignificância. STJ, entretanto, afirmou que deveriam ser olhadas as peculiaridades do caso).



Teoria da lei penal

Súmula 606: Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/1997.

Bagatela imprópria: o fato nasce relevante para o Direito Penal, pois é típico, ilícito e culpável (existe desvalor da conduta e do resultado). Porém, no momento da sentença, o julgador entende que a aplicação da pena é desnecessária (falta do interesse de punir).

Difere da bagatela própria (insignificância) porque, aqui, o fato já nasce irrelevante para o direito penal, gerando atipicidade material do fato (ex.: sujeito furta uma folha de papel).

Prova discursiva – TJSP/2018



Teoria da lei penal

Discorra sobre o Princípio da Insignificância, abordando os seguintes temas:

- a) Introdução, conceito, finalidade(s), natureza jurídica e princípio(s) conexo(s).
- b) Requisitos objetivos e subjetivos à luz da doutrina e/ou jurisprudência dominantes.
- c) (In)aplicabilidade ao ato infracional e à coisa julgada. d) Espécies de crimes que não admitem a aplicação do princípio, segundo a jurisprudência dominante (motivar).

Espelho:

- a) Introdução: a evolução da função do Direito Penal como instrumento de proteção de bens ou interesses jurídicos. O bem ou interesse jurídico. O Funcionalismo Sistemico de Günther Jakobs e o Funcionalismo Teleológico de Claus Roxin. O Princípio da Insignificância ou da Bagatela Própria de



Teoria da lei penal

Claus Roxin. A Teoria da Tipicidade Conglobante de Eugênio Raul Zaffaroni. O desvalor da conduta e do resultado. Conceito: partindo do axioma latino *mínimis non curat praetor*, o Direito Penal não deve se ocupar de condutas formalmente típicas que não afetam bens ou interesses jurídicos de forma relevante, que são materialmente insignificantes. Finalidade: vetor interpretativo restritivo do tipo penal, inserido num princípio de política criminal. Apenas as agressões que afetam bens ou interesses jurídicos de forma relevante justificam a intervenção do Direito Penal e suas graves consequências. Natureza jurídica: causa supralegal excludente da tipicidade material. Embora formalmente típica, materialmente a conduta não se amolda ao tipo penal. Análise dos requisitos analíticos do crime sob a ótica tripartite, com ênfase ao fato típico e seus elementos, em especial as tipicidades formal e material. A tipicidade conglobante, a antinormatividade. Princípios conexos: Sistema Constitucional Principiológico – C.F, art. 5º, §2º. A última ratio do Direito Penal.



Teoria da lei penal

O Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal: a Fragmentariedade e a Subsidiariedade.
Princípio da Ofensividade.

b) Requisitos objetivos e subjetivos à luz da doutrina e/ou jurisprudência dominantes – Os objetivos são os enumerados no RHC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 19.10.2004: mínima ofensividade da conduta; ausência de periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e; inexpressividade da lesão jurídica. Os subjetivos, segundo a jurisprudência dominante são as condições pessoais do agente; primário/reincidente, reincidência específica e genérica; criminoso habitual; teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos e; agente militar. Condições da vítima: a importância do objeto material, o valor sentimental, a extensão do dano e as circunstâncias e resultado do crime. Os bens de interesse público.



Teoria da lei penal

(In)aplicabilidade ao ato infracional e à coisa julgada:

Majoritariamente entende-se que se aplica ao ato infracional, porque não pode o adolescente receber tratamento mais gravoso do que receberia a mesma conduta praticada por adulto. Leis 8069/90 e 12.594/2012 e Diretrizes de Riad, e à coisa julgada, cabível tanto em Revisão Criminal para desconstituir sentença condenatória transitada em julgado em função da atipicidade da conduta, bem como em concessão de habeas corpus, inclusive ex-officio. Espera-se ainda, que o candidato cite o entendimento em sentido contrário.

Espécies de crimes que não admitem a aplicação do princípio, segundo a jurisprudência dominante (motivar).

Espera-se pelo menos a citação dos sumulados, motivadamente - Crimes Contra a Administração



Teoria da lei penal

Pública, STJ, súmula 599, Crime de Desenvolvimento Clandestino de Atividade de Telecomunicação – art. 183, da lei 9472/1997, STJ, súmula 606 e; Lei 11340/2006, STJ, súmula 589. A jurisprudência dominante, dentre outros, com algumas ressalvas, inclui também Lei 11.343/2006, art. 28, Lei 11343/2006; Lei 9.605/1998 (precedente quanto ao art. 34, parágrafo único, inciso II); Lei 10.826/2003, (precedentes em relação aos artigos 14 e 16); Crimes Tributários (precedente quanto ao Descaminho, sujeito ao valor de alçada para cobrança); Crimes Previdenciários, Crimes contra a Fé Pública.

d) Lesividade ou ofensividade:



Teoria da lei penal

- Estabelece que apenas condutas que causam efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico podem ser objeto de repressão penal.
- É tido por alguns como princípio autônomo;
- Não há crime sem ofensa (*nullum crimen sine iniuria*). Se a conduta, no caso concreto, não violar o bem jurídico, nem sequer ameaçá-lo, não existe crime.
- É uma decorrência da intervenção mínima, mais especificamente do subprincípio da fragmentariedade, delimitando a incidência do Direito Penal tanto em âmbito administrativo como no âmbito jurisdicional.
- Difere do princípio da alteridade, que consiste na proibição da punição por mal causado a si próprio. O direito penal não pune a autolesão.



Teoria da lei penal

e) Adequação social: significa que uma conduta, sendo aceita e aprovada pela sociedade, não pode ser considerada materialmente típica. Constitui uma decorrência da intervenção mínima.

- Ex. TJMG. Apelação Criminal 1.0024.04.375455-5/001. 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. Hyparco Immesi. j. em 26.06.2008. Hipótese: casa de prostituição (art. 229, CP).

- STJ entende que não afasta a tipicidade. Ex. Súmula 502.

4.1.4. Individualização da pena:

- É um princípio constitucional expresso (art. 5º, inciso XLVI, 1ª parte).

- A pena deve ser individualizada para cada caso, evitando-se padronizações.

- A individualização se dá em três planos:



Teoria da lei penal

- a) **Legislativo:** O legislador comina a pena mínima e a pena máxima abstratamente cabíveis. Ex.: Pena – reclusão, de 1 a 4 anos.
- b) **Judiciário:** O juiz do processo de conhecimento aplica a pena no caso concreto, tomando por base a sanção mínima e a máxima estabelecidas na lei. Obs.: A individualização judicial compreende não só a fixação da quantidade de pena, também a fixação de regime inicial, possibilidade de substituição por restritiva de direitos ou concessão de sursis etc.
- c) **Executório ou Administrativo:** No momento da execução da pena, o juiz fará as adaptações ao caso concreto, já que o Estado deve zelar por cada condenado de forma individual, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a finalidade da pena - retribuição, prevenção e ressocialização. (ex.: progressão de regime, regressão de regime, indulto, remição etc.).



Teoria da lei penal

4.1.5. Culpabilidade:

- A doutrina, além de tratar a culpabilidade como elemento da teoria do crime, costuma identificá-la como princípio implícito, destacando que ela possui 03 (três) vertentes:

a) proibição de responsabilização penal sem dolo ou culpa;

b) vedação de aplicação da pena sem culpabilidade, isto é, desprovida de imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude do ato e exigibilidade de outra conduta;

c) a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido.

- Dito isto, são incompatíveis com o princípio da culpabilidade: *versari in re illicita* (imputação do ato criminoso ao agente só por ter agido de maneira voluntária, ainda que sem dolo ou culpa); a fundamentação ou agravamento da pena pelo simples resultado; a desconsideração da importância das modalidades de erro jurídico-penal.



Teoria da lei penal

4.1.6. Humanidade:

- Trata-se de princípio constitucional expresso (art. 5º, XLVII e XLXIX):

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

- Refere-se ao respeito à integridade física e moral dos acusados e sentenciados, vedando quaisquer tipos de penas desumanas ou cruéis.



Teoria da lei penal

GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal



Teoria da lei penal

no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo



Teoria da lei penal

de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que ino correu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade (Tribunal do Pleno, RE 841526, Ministro Luiz Fux, j. 30.03.2016).

4.1.7. Proporcionalidade:

- A severidade das penas deve ser proporcional à gravidade dos delitos praticados.

A proporcionalidade deve ser observada tanto pelo legislador, ao cominar abstratamente a pena de cada infração penal, quanto pelo julgador, que deve aplicar a pena de modo a torná-la equilibrada em



Teoria da lei penal

relação ao fato praticado.

- Guarda relação com o princípio da individualização da pena.

- Reconhecendo a necessidade de se observar a proporcionalidade, o STJ já reconheceu que:

“É inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do CP, de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa, devendo-se considerar, no cálculo da reprimenda, a pena prevista no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo § 4º. De fato, é viável a fiscalização judicial da constitucionalidade de preceito legislativo que implique intervenção estatal por meio do Direito Penal, examinando se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. (...).



Teoria da lei penal

A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como ultima ratio, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade [...]” (STJ, AI no HC 239.363-PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/2/2015).

- Em direito constitucional, costuma-se analisar a proporcionalidade a partir de 03 enforques:

a) adequação;

b) necessidade;

c) proporcionalidade em sentido estrito.

- Além disso, deve-se destacar que o princípio da proporcionalidade relaciona-se à proibição de excesso do poder estatal, evitando a hipertrofia da punição.



Teoria da lei penal

- Também se relaciona à proibição da proteção deficiente, significando que o Estado tem o dever de tutelar direitos fundamentais frente a ataques de terceiros (imperativo de tutela).
- HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUCTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. (...) Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (...), como também podem ser



Teoria da lei penal

traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (...). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente (STF, HC104410, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ªT., Dje 27/03/2012).