

DC JURÍDICO

PREPARATÓRIO PARA A MAGISTRATURA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

ENAM

EXAME NACIONAL DA MAGISTRATURA

DIREITO PENAL

BLOCO 02

Princípios do Direito Penal

Teoria, jurisprudência selecionada e questões no padrão FGV

DC JURÍDICO

Material de estudo elaborado no padrão FGV. ENAM 2026.

DIREITO PENAL

Bloco 2 — Princípios do Direito Penal

NOÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Princípios são espécie de norma jurídica, ao lado das regras. Constituem **valores fundamentais** que inspiram a criação e a aplicação do Direito Penal, orientando tanto a atuação do **legislador**, no momento de criar a norma penal, quanto a do **operador do direito**, no momento de aplicá-la ao caso concreto. Sua função primordial é **limitar o poder punitivo do Estado**, conferindo contornos de razoabilidade à sua atuação.

Os princípios **antecedem as leis**, que são formadas e criadas a partir deles. Nem todos, porém, encontram-se positivados. Alguns estão previstos **expressamente** no direito positivo, como a reserva legal, a anterioridade e a individualização da pena; outros permanecem **implícitos** no ordenamento, extraídos da sua interpretação sistemática, como a insignificância, a ofensividade e a fragmentariedade. Positivados ou não, todos são admitidos e aplicados no Direito Penal. Registre-se que os princípios, por si sós, **não criam crimes nem cominam penas**, prestando-se a auxiliar a interpretação e a aplicação da lei penal, em regra em favor do acusado.

Os quatro grupos de princípios

Rogério Sanches propõe a divisão dos princípios em quatro grupos, conforme o objeto sobre o qual incidem, sistematização que orienta o estudo e é frequentemente cobrada.

Grupo	Princípios que o integram
Relacionados à missão fundamental do Direito Penal	Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e princípio da intervenção mínima.
Relacionados ao fato do agente	Princípio da exteriorização ou materialização do fato, princípio da legalidade e princípio da ofensividade ou lesividade.
Relacionados ao agente do fato	Princípio da responsabilidade pessoal, princípio da responsabilidade subjetiva, princípio da culpabilidade, princípio da isonomia e princípio da presunção de inocência.
Relacionados à pena	Princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da individualização da pena, princípio da proporcionalidade, princípio da pessoalidade e princípio da vedação do bis in idem.

PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL OU ESTRITA LEGALIDADE

1. Origem

O princípio é sintetizado no brocardo ***nullum crimen, nulla poena sine lege**: *não há crime sem lei, nem pena sem prévia cominação legal*. Sua origem histórica remonta à Inglaterra, em 1215, com o art. 39 da Magna Carta do Rei João Sem Terra. No plano teórico, coube ao penalista Paul Johann Anselm von Feuerbach, fundador do moderno Direito Penal e primeiro dogmático da doutrina jurídico-penal, a formulação do enunciado latino e o desenvolvimento da teoria da coação psicológica, segundo a qual a intimidação de alguém pelo Estado, mediante ameaça de imposição de sanção, só pode operar por meio de lei* previamente conhecida.

2. Previsão normativa e conceito

O princípio possui **dupla previsão**: infraconstitucional, no art. 1º do Código Penal, e constitucional, no art. 5º, XXXIX. Daí decorre consequência prática relevante: eventual **revogação do art. 1º do Código Penal não acarretaria a revogação do princípio**, que subsistiria por força do texto constitucional. Mais que isso, por constituir **direito fundamental**, integra o rol das **cláusulas pétreas**, não podendo ser abolido nem por emenda constitucional.

Art. 1º, CP. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Art. 5º, XXXIX, CF. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Do princípio extrai-se que a **lei é a única fonte direta e imediata** do Direito Penal, detendo o **monopólio** para a criação de crimes e a cominação de penas. Embora ambos os dispositivos aludem apenas a "crime", o princípio aplica-se igualmente às **contravenções penais**, por identidade de razão.

3. Fundamentos

Fundamento jurídico: a taxatividade

O fundamento jurídico é a **taxatividade**, também chamada de certeza ou determinação. Significa que a lei deve descrever com **precisão o conteúdo mínimo** da conduta criminosa. Note-se que a exigência é de conteúdo **mínimo**, e não total: fosse exigida a descrição exaustiva de todos os elementos, os **crimes culposos**, os **tipos abertos** e as **normas penais em branco** seriam inconstitucionais, o que não se admite, pois jamais seria possível ao legislador esmiuçar todos os detalhes fáticos imagináveis.

Consequência automática e lógica da taxatividade é a **proibição da analogia in malam partem****, isto é, da aplicação, a caso não previsto em lei, de norma que regula caso semelhante, quando disso resultar prejuízo ao réu.

ATENÇÃO

A questão foi debatida no julgamento sobre a **criminalização da homofobia e da transfobia** (ADO 26 e MI 4.733), no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do Congresso Nacional e determinou a aplicação da Lei 7.716/1989 até que sobrevenha legislação específica. Para **Cleber Masson**, a decisão configura verdadeira **analogia in malam partem**. **Em sentido contrário, sustentou-se no julgamento que não há analogia prejudicial, mas** adequação típica por identidade de razão**, já que a Constituição contém comando expresso de punição da discriminação, de modo que a extensão prospectiva da lei de discriminação racial, até a edição de norma específica, não violaria a anterioridade da lei penal.

Fundamento político

A reserva legal desponta como **direito fundamental de primeira dimensão**, voltado a limitar a atuação do Estado e a proteger o ser humano contra o arbítrio no exercício do poder punitivo. É a expressão jurídica da célebre afirmação de **Franz von Liszt** de que o Código Penal é a **magna carta do delinquente**: somente o que estiver previsto em lei pode ser considerado criminoso.

Fundamento democrático

Trata-se, na expressão do Supremo Tribunal Federal, da **dimensão democrática** do princípio da reserva legal. O legislador, verdadeiro representante do povo, é quem escolhe quais condutas serão consideradas crimes e quais penas lhes serão cominadas, de modo que a definição do que é criminoso passa necessariamente pelo crivo da representação popular.

4. Reserva legal e medida provisória

Indaga-se se o Direito Penal pode valer-se de **medida provisória**. Para **criar crimes e cominar penas**, a resposta é inequivocamente negativa, pois se trataria de norma prejudicial ao réu editada sem deliberação parlamentar prévia. Quando a medida provisória for **benéfica ao réu**, contudo, a doutrina se divide.

Primeira corrente: admite-se a medida provisória, desde que utilizada para **favorecer** o réu. Tem sido, ao longo do tempo, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal. O exemplo clássico é o do Estatuto do Desarmamento, que previa prazo para a entrega espontânea de armas; findo o prazo, editou-se medida provisória prorrogando-o, o que beneficiou os destinatários ao afastar a tipicidade da conduta.

Segunda corrente: não se admite medida provisória em matéria penal, **nem para beneficiar nem para prejudicar** o réu, diante da vedação expressa do art. 62, § 1º, I, "b", da Constituição. É a posição de Cleber Masson e a majoritária na doutrina.

Art. 62, § 1º, CF. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: b) direito penal, processual penal e processual civil.

5. Legalidade e reserva legal

Parte da doutrina trata as expressões como **sinônimas**. Prevalece, contudo, a corrente que as **distingue**, distinção que já foi objeto de cobrança expressa em provas objetivas.

Princípio da legalidade	Princípio da reserva legal
Previsto no art. 5º, II, da Constituição.	Previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição.
Contenta-se com lei em sentido amplo, isto é, com qualquer espécie normativa do art. 59 da Constituição, inclusive decretos e demais ordens emanadas do Estado.	Reclama lei em sentido estrito, isto é, lei em sentido formal, criada segundo o processo legislativo constitucional, e em sentido material, versando conteúdo constitucionalmente reservado à lei.

Em provas objetivas, quando a questão se referir ao art. 1º do Código Penal e oferecer ambas as alternativas, a resposta tecnicamente mais adequada é **reserva legal**.

6. Aspectos da legalidade

Segundo Rogério Sanches, a legalidade deve ser analisada sob dois aspectos. A **legalidade formal** é a obediência aos trâmites procedimentais do processo legislativo, o que torna a lei aprovada, sancionada e publicada uma **lei vigente**. A **legalidade material** preleciona que a observância das formas e dos procedimentos não basta: a lei deve respeitar o **conteúdo da Constituição** e dos tratados internacionais de direitos humanos para ser considerada uma **lei válida**.

ATENÇÃO

A síntese é precisa e frequentemente cobrada: a **legalidade formal** faz da lei **vigente**; a **legalidade material** faz da lei **válida**. Uma lei pode ser vigente e, ainda assim, inválida, por incompatibilidade material com a Constituição.

7. Mandados de criminalização

Também denominados **mandados constitucionais de criminalização**, consistem em **ordens emitidas pela Constituição ao legislador ordinário** no sentido da criminalização de determinados comportamentos. Diante deles, o legislador **não dispõe de discricionariedade** quanto ao dever de tutelar penalmente o bem jurídico indicado.

Mandado expreso ou explícito	Mandado tácito ou implícito
A ordem está prevista expressamente no texto constitucional, que determina ao legislador criar determinado crime ou impor determinada pena.	A ordem de criminalização está implícita no texto constitucional, sendo extraída da totalidade da Constituição e de sua interpretação sistemática.
Exemplos: art. 225, § 3º (condutas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas) e art. 5º, XLII (a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível).	Exemplo: o combate à corrupção no poder público. A Constituição não prevê expressamente a criação de crimes de corrupção praticados por agentes públicos, mas o dever é extraído dos arts. 1º e 37, que consagram os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Fala-se ainda em **mandado de criminalização por omissão**, referência ao art. 5º, XLIII, da Constituição, que determina a punição da **omissão** nos casos de crimes hediondos e equiparados. Registre-se, como exemplo histórico de cumprimento tardio de mandado de criminalização, o crime de **terrorismo**, que somente veio a ser tipificado com a edição da Lei 13.260/2016.

PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

A lei penal deve ser **anterior ao fato** cuja punição se pretende. Está previsto nos mesmos dispositivos da reserva legal, dos quais constitui a **dimensão temporal**: o art. 1º do Código Penal e o art. 5º, XXXIX, da Constituição, ambos exigindo lei **anterior** que defina o crime e **prévia** cominação da pena.

Seu efeito automático é a **irretroatividade** da lei penal, ressalvada a hipótese de retroação **benéfica** ao réu (art. 5º, XL, da CF). Assim, a lei penal só é aplicável aos fatos ocorridos após a sua entrada em vigor, salvo quando favorecer o agente.

Anterioridade e *vacatio legis*

Questão clássica indaga se, para respeitar a anterioridade, basta a **publicação** da lei ou se é necessário que ela esteja **em vigor**. Suponha-se que alguém pratique, durante a *vacatio legis*, conduta que a nova lei descreve como crime. **Não há crime**, pois a lei somente será aplicada quando entrar em vigor. Conclui-se, portanto, que o princípio da anterioridade **não se contenta com a publicação**: exige que a lei tenha efetivamente entrado em vigor ao tempo do fato.

PRINCÍPIO DA ALTERIDADE

Formulado por **Claus Roxin**, o princípio da alteridade, também dito da transcendentalidade, significa que **não há crime na conduta que prejudica somente quem a praticou**. Exige-se **intersubjetividade**: a conduta deve transcender a esfera pessoal do agente e atingir bem jurídico alheio.

É esse o fundamento pelo qual o ordenamento **não pune a autolesão**, tampouco o suicídio ou a sua tentativa, punindo-se apenas a conduta de terceiro que induz, instiga ou auxilia. Na síntese de **John Stuart Mill**, nenhuma lei criminal deve ser usada para obrigar as pessoas a atuar em seu próprio benefício; o único propósito para o qual o poder público pode legitimamente exercer-se sobre qualquer membro da comunidade civilizada, contra a sua vontade, é prevenir danos a outros, não bastando para tanto o próprio bem do indivíduo, seja físico ou moral.

Art. 28, Lei 11.343/2006. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...)

ATENÇÃO

A partir da alteridade, parte da doutrina questiona a legitimidade do art. 28 da Lei de Drogas. Atente-se, porém, a uma distinção técnica frequentemente cobrada: **o uso da droga, por si só, não é crime**. O que o dispositivo incrimina é o **porte** para consumo pessoal, descrito pelos núcleos adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo, sendo o bem jurídico tutelado a **saúde pública**, e não a saúde individual do usuário.

PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE

Não há crime quando a conduta **não é capaz de provocar lesão ou, ao menos, perigo de lesão** ao bem jurídico protegido pela lei penal (*nullum crimen sine iniuria*). O princípio dirige-se a **dois destinatários**: ao **legislador**, que não pode criar tipos penais alcançando comportamentos socialmente já consagrados como inofensivos; e ao **aplicador do direito**, que deve observar a mesma orientação, ainda que exista lei formalmente válida.

A controvérsia dos crimes de perigo abstrato

Com base na ofensividade, parte da doutrina questiona a **constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**, isto é, daqueles em que a lei presume de forma absoluta que o bem jurídico está em perigo. Sustenta-se que, ao punir alguém por perigo meramente presumido, sem prova efetiva de lesão ou de perigo concreto, violam-se a ofensividade e, por decorrência, a ampla defesa, pois se retira do acusado a possibilidade de demonstrar a ausência de risco. Distinguem-se, nesse ponto, os **crimes de perigo concreto**, nos quais o perigo deve ser efetivamente comprovado no caso, dos **crimes de perigo abstrato**, nos quais é presumido pela norma.

A jurisprudência, contudo, firmou-se em sentido diverso. Tanto o **Supremo Tribunal Federal** quanto o **Superior Tribunal de Justiça** entendem que a criação de crimes de perigo abstrato **não é, por si só, inconstitucional**. Reconhece-se que a tipificação de condutas geradoras de perigo abstrato acaba sendo, muitas vezes, a alternativa mais eficaz para a proteção de bens jurídicos supraindividuais ou de caráter coletivo, como o meio ambiente e a saúde pública, cabendo ao legislador, dentro de suas amplas margens de

avaliação, definir as medidas mais adequadas e necessárias, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um **Direito Penal preventivo**.

Aplicações jurisprudenciais

Arma de fogo desmuniçada: a posse (art. 12 da Lei 10.826/2003) ou o porte (art. 14) configuram crime **ainda que a arma esteja desmuniçada**, posição pacífica no STF e no STJ. Por se tratar de delito de perigo abstrato, é irrelevante que a arma tenha sido apreendida desacompanhada de munição, pois o bem jurídico tutelado é a **segurança pública e a paz social**.

Munição isolada: a posse ou o porte apenas da munição, desacompanhada da arma, também **configura crime**, pela mesma lógica do perigo abstrato, tendo o legislador antecipado a punição de fatos com potencial lesivo à população. Trata-se, aqui, de manifestação da liquefação do Direito Penal. Excepcionalmente, porém, o STF e o STJ têm reconhecido o **princípio da insignificância** quando se trate de pequena quantidade de munição desacompanhada de armamento apto ao disparo, tema retomado adiante.

Embriaguez ao volante: o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é delito de **perigo abstrato**, bastando a condução de veículo automotor sob a influência de álcool, independentemente de demonstração de risco concreto a terceiros.

PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO

Intimamente relacionado ao anterior, este princípio afirma que a **única função legítima** do Direito Penal é a **proteção de bens jurídicos**, assim entendidos os valores ou interesses relevantes para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade. Qualquer outro fundamento — vingança, moral, ética, religião, filosofia ou política — **não pode servir de substrato** à intervenção penal.

Nem todo bem jurídico, porém, é bem jurídico **penal**: apenas os mais relevantes e indispensáveis serão tutelados pelo Direito Penal.

1. Teoria constitucional do Direito Penal

A **seleção** dos bens jurídicos merecedores de tutela penal é feita pela **Constituição**. É o que se denomina **teoria constitucional do Direito Penal**: a criação de crimes e a cominação de penas só são atividades legítimas quando protegem valores consagrados no texto constitucional. Assim, o homicídio é crime porque a Constituição consagra o direito à vida; o furto e o roubo, porque consagra o direito de propriedade; a calúnia e a difamação, porque declara inviolável a honra; e a homossexualidade não é crime, porque a Constituição não pode impor padrão sexual, matéria que permanece na esfera da intimidade de cada pessoa.

DOCTRINA

Na formulação de **Claus Roxin**, um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente só pode derivar dos valores garantidos na Lei Fundamental, do Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais são marcados os limites da atividade punitiva do Estado.

2. Espiritualização dos bens jurídicos

Também atribuída a Roxin e conhecida como **liquefação** ou **desmaterialização** de bens jurídicos. Em sua origem, o Direito Penal preocupava-se apenas com os **crimes de dano** contra bens jurídicos **individuais**, como o roubo, o estupro e o homicídio. Com o passar dos anos, evoluiu para preocupar-se também com os **crimes de perigo** contra bens **difusos, coletivos ou supraindividuais**, operando-se verdadeira **antecipação da tutela penal** e assumindo a disciplina aspecto **preventivo**.

Pune-se, assim, o porte de arma de fogo como forma de prevenir homicídios, roubos e latrocínios; criminalizam-se condutas ambientais antes que o dano se consuma. Quando o Direito Penal ampliou sua tutela para alcançar bens difusos e coletivos, deixou de aguardar o dano ao bem individual, verificando-se a **desmaterialização** do bem jurídico.

ATENÇÃO

Não se confundem a **alteridade** e a **exclusiva proteção do bem jurídico**. Na **alteridade**, existe bem jurídico penalmente tutelável, mas ele pertence exclusivamente ao próprio responsável pela conduta, razão pela qual o Direito Penal não está autorizado a intervir. Na **exclusiva proteção do bem jurídico**, não há interesse legítimo a ser protegido pelo Direito Penal, seja porque a matéria é estranha à sua função, seja porque já existe proteção suficiente em outro setor do ordenamento.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1. Denominação

Para o Direito Penal, a melhor denominação é **proporcionalidade**, de origem alemã. Autores inspirados no direito italiano preferem **razoabilidade**; os que se filiam ao direito norte-americano denominam-no **princípio da convivência das liberdades públicas**.

2. A dupla face

No passado, o princípio tinha significado único. Atualmente, reconhece-se-lhe **dupla face**.

Proibição do excesso (Übermassverbot)	Proibição da proteção deficiente (Untermassverbot)
Corresponde ao garantismo negativo: não se pode punir de forma exagerada, além do necessário para a proteção do bem jurídico.	Corresponde ao garantismo positivo: não se pode punir menos do que o necessário, sob pena de tutela insuficiente ou ineficiente do bem jurídico.
A limitação da liberdade individual só se justifica em razão da proteção de interesses coletivos superiores.	Impõe ao Estado o dever de intervir eficientemente, evitando a impunidade e assegurando a proteção de bens de alta relevância social.
Exemplo: a pena originalmente cominada ao art. 273 do Código Penal, superior à do homicídio.	Exemplo: o tratamento dos maus-tratos a animais como infração de menor potencial ofensivo, quadro alterado pela Lei 14.064/2020 quanto a cães e gatos.

O exemplo mais discutido de **excesso** é o do art. 273 do Código Penal, que trata da falsificação de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais e cuja pena, após a Lei 9.677/1998, passou a ser de reclusão de dez a quinze anos, superior à pena mínima do homicídio. O **Superior Tribunal de Justiça** decidiu ser inconstitucional o preceito secundário do art.

273, § 1º-B, V, aplicando em substituição a pena do *caput* do art. 33 da Lei de Drogas, com possibilidade de incidência da causa de diminuição do respectivo § 4º. Posteriormente, o **Supremo Tribunal Federal** declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, determinando a aplicação da pena prevista **antes** da Lei 9.677/1998, isto é, reclusão de um a três anos, com o que restou superado o entendimento anterior do STJ.

DOCTRINA

Garantismo integral, binocular ou proporcional. A expressão foi cunhada por **Douglas Fischer** para demonstrar que o garantismo, à luz da hermenêutica constitucional, tutela não apenas os direitos individuais dos acusados, mas todos os direitos e deveres previstos na Constituição. Corresponde à **soma** do garantismo negativo (proibição do excesso) com o garantismo positivo (proibição da proteção deficiente). Em oposição, o **garantismo hiperbólico monocular** é aquele que confere proteção exagerada, por isso hiperbólico, preocupando-se apenas com os interesses do réu, por isso monocular. Um Direito Penal equilibrado e eficaz deve proteger não só o réu, mas também a sociedade e a vítima.

3. Espécies de proporcionalidade

A doutrina identifica três planos de manifestação do princípio, com destinatários distintos.

Espécie	Momento e destinatário
Legislativa ou abstrata	Dirigida ao legislador, no momento de criar o crime e cominar a pena. Envolve seleção qualitativa (escolha da espécie de pena) e quantitativa (fixação dos limites mínimo e máximo). Exemplo: crime praticado sem violência ou grave ameaça recebe pena menor que o cometido com violência.
Judicial ou concreta	Dirigida ao magistrado, no momento da dosimetria da pena. Exemplo: o réu primário recebe pena menor que o reincidente, nas mesmas circunstâncias.
Executória ou administrativa	Manifesta-se durante o cumprimento da pena, na execução penal. Exemplo: o condenado com bom comportamento que trabalha faz jus aos benefícios da execução.

PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Surgiu na Espanha, originalmente voltado aos **crimes de trânsito**, a partir da ideia de que quem respeita as regras de circulação tem o direito de confiar que os demais também as respeitarão. Atualmente, no Brasil, tem aplicação aos crimes em geral: quem observa as regras da vida em sociedade pode confiar que os demais atuarão do mesmo modo.

Segundo Rogério Sanches, embora tratado por parte da doutrina como princípio, cuida-se na verdade de **critério de avaliação do comportamento** e do dever de cuidado, que proíbe exigir do indivíduo previsão quanto a ações descuidadas de terceiros. Ao contrário, quem age dentro da normalidade das relações sociais, isto é, dentro dos **limites do risco permitido**, tem o direito de esperar que os demais assim atuem, o que impede que se lhe impute a previsibilidade de comportamento imprudente alheio.

Funciona, assim, como excludente da **imputação subjetiva**, desde que o agente que o invoca tenha atuado com o dever de cautela exigível no caso concreto, em consonância com as regras de experiência comum. É especialmente empregado em **atividades compartilhadas**, como

as relações de trânsito, com a participação de pedestres e demais condutores, e os trabalhos em equipe, de que é exemplo a intervenção cirúrgica.

PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PENAL PELO FATO

Este princípio instaura a dicotomia entre **Direito Penal do fato** e **Direito Penal do autor**. O Direito Penal moderno, legítimo, democrático e garantista é um **Direito Penal do fato**: preocupa-se com o fato típico e ilícito praticado pelo agente, sendo irrelevantes suas condições pessoais, como religião, cor, orientação sexual ou condição econômica.

O **Direito Penal do autor**, ao contrário, é aquele que **rotula, etiqueta e estereotipa** determinadas pessoas ou grupos como contrários aos interesses da sociedade, punindo pelo que a pessoa **é**, e não pelo que **fez**. São exemplos históricos o Direito Penal da Alemanha nazista e, na contemporaneidade, o Direito Penal do inimigo. Sua rejeição decorre também do princípio da **isonomia**.

ATENÇÃO

A reincidência é resquício do Direito Penal do autor? Não. O Supremo Tribunal Federal firmou, por unanimidade, a **constitucionalidade** da agravante genérica da reincidência, por ser compatível com o Direito Penal do fato: não se pune mais gravemente por ser o agente reincidente, mas porque **praticou um novo fato** depois de já ter sido definitivamente condenado, o que demonstra que a pena anterior não alcançou suas finalidades preventivas.

DOCTRINA

Crimigração. Consiste na criminalização dos imigrantes e das questões relacionadas à imigração, com o direcionamento das normas penais contra o fenômeno humano da migração. É fenômeno global, particularmente acentuado nos Estados Unidos e na Europa em razão dos fluxos migratórios recentes. Seu reconhecimento é relevante porque evidencia a perda progressiva de direitos de pessoas pela simples condição de migrantes, configurando manifestação contemporânea de **Direito Penal do autor**, voltado contra pessoas e não contra fatos. No Brasil, o tema costuma ser discutido a propósito da criminalização de pequenos transportadores internacionais de drogas, muitas vezes impulsionados por situações de grave vulnerabilidade em seus países de origem.

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Também denominado **princípio da necessidade** do Direito Penal.

1. Origem e conceito

Sua origem remonta a **1789**, na França, com a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, segundo a qual a lei só deve prever as penas **estritamente necessárias**. Atualmente, significa que o Direito Penal só é legítimo quando **indispensável** à proteção de determinado bem jurídico, isto é, quando o problema não puder ser resolvido pelos demais ramos do ordenamento. É com base nesse princípio que se fala em **Direito Penal mínimo**.

2. Destinatários

O **primeiro destinatário** é o **legislador**, a quem se recomenda moderação na criação de crimes e na cominação de penas, devendo analisar a real necessidade da incriminação. Trata-

se de destinatário no **plano abstrato**. O **segundo destinatário** é o **aplicador do direito**, notadamente o juiz, que deve avaliar, no caso concreto, se a intervenção penal é efetivamente necessária, pois a existência do tipo não impõe, por si só, a aplicação da pena, podendo o conflito ser resolvido por outro ramo do direito.

ATENÇÃO

Qual a relação entre reserva legal e intervenção mínima? Quando criado, o princípio da reserva legal representou enorme avanço, ao garantir que somente a lei pudesse criar crimes e cominar penas. Sozinho, contudo, ele não se sustenta: nada impediria que o legislador, respeitando a forma legal, incriminasse deliberadamente qualquer comportamento, por mais inofensivo. Para equilibrar o sistema, aplica-se em conjunto a **intervenção mínima**, que funciona como **complemento e reforço** da reserva legal: o disposto na legislação penal só será aplicado quando houver real necessidade de intervenção.

3. Fragmentariedade

O **caráter fragmentário** do Direito Penal significa que ele é a **última etapa**, a última fase, o último grau de proteção do bem jurídico. No universo da ilicitude, apenas alguns poucos **fragmentos** representam ilícitos penais: **nem todo ilícito configura ilícito penal, mas todo ilícito penal é também ilícito perante os demais ramos do direito**.

A consequência prática é relevante. Se o agente é processado, julgado e condenado por peculato, haverá necessariamente **ilícito administrativo**, pois todo ilícito penal é ilícito também nas demais esferas. O inverso, porém, **não é verdadeiro**: a condenação na esfera administrativa por um ilícito não configura, automaticamente, ilícito penal.

A fragmentariedade manifesta-se no **plano abstrato**, tendo por destinatário o **legislador**, que analisa a necessidade ao criar o crime e cominar a pena.

DOCTRINA

Fragmentariedade às avessas. Trata-se de juízo negativo formulado quando o crime **já existe**: o legislador percebe que a incriminação se tornou desnecessária, seja porque os demais ramos do direito já resolvem satisfatoriamente o problema, seja porque a conduta perdeu relevância social, e por isso deixa de haver motivo para que permaneça típica. Caracteriza, portanto, hipótese de ***abolitio criminis***, como se deu com o antigo crime de adultério.

4. Subsidiariedade

Costuma-se afirmar que o Direito Penal funciona como um **executor de reserva**, isto é, como ***ultima ratio ou extrema ratio**. Significa que, *no plano concreto**, o Direito Penal só deve ser utilizado em último caso, quando não houver nenhum outro meio menos lesivo apto à proteção do bem jurídico. O estrago provocado pela intervenção penal é considerável, pois alcança os antecedentes, a pena e o próprio constrangimento do processo.

Fragmentariedade	Subsidiariedade
Manifesta-se no plano abstrato.	Manifesta-se no plano concreto.
Possui como destinatário o legislador.	Possui como destinatário o aplicador do direito.

Fragmentariedade	Subsidiariedade
Refere-se à criação da lei penal.	Refere-se à aplicação da lei penal.

ALERTA

O quadro acima reproduz a construção desenvolvida na **Alemanha**, adotada pela maioria da doutrina e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Advirta-se, contudo, que **há autores que invertem os conceitos**, situando a fragmentariedade no plano concreto e a subsidiariedade no plano abstrato, como faz Rogério Sanches. Em prova objetiva, deve-se atentar ao referencial adotado pela banca.

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Desenvolvido por **Hans Welzel**, o princípio afirma que não pode ser considerado criminoso o comportamento que, embora tipificado em lei, **não afronte o sentimento social de justiça**, por ser aceito e considerado adequado ao convívio social. Os costumes aceitos por toda a sociedade afastam a **tipicidade material** de fatos que, embora possam subsumir-se formalmente a algum tipo penal, não caracterizam crime por estarem de acordo com a ordem social vigente em determinado momento histórico. São exemplos correntes os **trotes acadêmicos moderados** e a **circuncisão** por motivação religiosa, formalmente enquadráveis como lesão corporal.

O princípio dirige-se a **dois destinatários**: ao **legislador**, servindo de norte para que não sejam editadas leis punindo condutas conformes aos valores atuais da sociedade; e ao **intérprete**, restringindo a interpretação do tipo penal para excluir condutas socialmente adequadas, impedindo que a leitura literal conduza à punição de situações que a sociedade não mais recrimina.

ALERTA

O princípio da adequação social **não pode ser utilizado para "revogar" ou ignorar tipos penais incriminadores em vigor**. A lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue, nos termos do art. 2º da LINDB. Por isso, a venda ou exposição à venda de mídias falsificadas permanece conduta formal e materialmente típica, enquadrada no art. 184, § 2º, do Código Penal, não se podendo alegar que deixou de ser crime por força da adequação social. Registre-se, ainda, que o princípio **não se confunde com a teoria social da conduta**, que é elemento do fato típico e diz respeito ao conceito de conduta.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Também denominado **criminalidade de bagatela**, é princípio **sem previsão legal**, mas pacificamente admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. É, ao lado da presunção de inocência, o tema de maior incidência do capítulo em provas de carreiras jurídicas.

1. Origem

Surgiu no **Direito Romano**, que consagrou a expressão ***de minimis non curat praetor**, *segundo a qual os pretores não cuidam daquilo que é mínimo ou irrelevante. Naquele contexto, porém, era utilizado apenas no âmbito do direito privado. Somente na década de 1970, pelos estudos de Claus Roxin, o princípio ganhou relevância penal, tornando-se uma das grandes manifestações do funcionalismo penal**.

2. Conceito e finalidade

Traduz a ideia de que **não haverá crime quando a conduta praticada for insignificante**, isto é, quando não ofender nem sequer expuser a perigo o bem jurídico protegido, por se tratar de conduta ínfima. Sua finalidade é promover **interpretação restritiva** da lei penal, diminuindo o seu alcance no caso concreto, pois a norma penal é redigida em termos necessariamente abrangentes.

3. Natureza jurídica

É pacífico que o princípio funciona como **causa supralegal de exclusão da tipicidade**, tornando o fato **atípico**. Para compreendê-lo, é preciso recordar que a tipicidade penal resulta da soma de dois componentes: a **tipicidade formal**, juízo de adequação entre o fato praticado e o modelo legal, e a **tipicidade material**, consistente na efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

ATENÇÃO

Na subtração de uma garrafa de água, há **tipicidade formal**, pois a conduta se enquadra na descrição do furto: subtrair coisa alheia móvel. Não há, porém, **tipicidade material**, pois inexistiu lesão ou perigo de lesão relevante ao patrimônio. Conclui-se, portanto, que o princípio da insignificância **exclui a tipicidade material** do fato, e não a formal.

4. Requisitos objetivos

Relacionam-se ao **fato praticado** e foram fixados pelo Supremo Tribunal Federal em quatro vetores cumulativos.

Vetor	Conteúdo
Mínima ofensividade da conduta	A ação, considerada em si, revela ínfima aptidão para lesar o bem jurídico tutelado.
Ausência de periculosidade social da ação	O comportamento não gera intranquilidade nem risco relevante à coletividade.
Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento	O juízo de censura que recai sobre a conduta é mínimo, consideradas as circunstâncias em que praticada.
Inexpressividade da lesão jurídica	O resultado produzido é desprezível diante da magnitude do bem jurídico protegido.

Os requisitos são reconhecidamente **semelhantes entre si**, e nem mesmo o Supremo Tribunal Federal os diferencia com rigor. A explicação está em que o princípio da insignificância opera como **instrumento de política criminal**, destinado a adaptar a letra da lei aos interesses da coletividade, o que justifica que a Corte o aplique em determinados casos e o afaste em outros aparentemente próximos.

DOCTRINA

Cleber Masson contrapõe dois exemplos emblemáticos. No **primeiro**, dois agentes furtaram uma ovelha, avaliada em valor módico, no interior nordestino, com a finalidade de fazer um churrasco, e o Supremo **não aplicou** o princípio. No **segundo**, um empresário ingressou no país com mercadorias sem declarar, praticando descaminho, e o Supremo **aplicou** o princípio. A diferença de tratamento explica-se pela política criminal:

no primeiro caso, não interessa permitir que o furto de animais permaneça impune, pois a ovelha frequentemente serve à subsistência de famílias; no segundo, o valor iludido, diante da arrecadação nacional, revela-se insignificante.

5. Requisitos subjetivos

Além dos vetores objetivos, a jurisprudência considera elementos ligados ao **agente** e à **vítima**.

Condições pessoais do agente

Reincidência e contumácia. A aplicação do princípio envolve juízo amplo, dito **conglobante**, que ultrapassa a simples aferição do resultado material e abrange a reincidência ou a contumácia do agente, elementos que, embora **não determinantes**, devem ser considerados. Firmou-se que a reincidência **não impede, por si só**, o reconhecimento da insignificância, à luz dos elementos do caso concreto.

Na prática, contudo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça **negam** a aplicação do princípio na maioria dos casos em que o réu é reincidente ou responde a outros inquéritos e ações penais. Há, porém, julgados do Supremo **admitindo** a insignificância a réus reincidentes: reconheceu-se a atipicidade no furto de um carrinho de mão de valor equivalente a pequena fração do salário mínimo, mesmo possuindo o agente antecedentes por crimes patrimoniais; no furto de bebidas e moedas de valor ínfimo praticado durante o repouso noturno por réu reincidente; e no furto de desodorantes e aparelhos de barbear de pequeno valor, sem violência.

Em julgamento mais recente, o Supremo reafirmou a possibilidade de aplicação da bagatela a reincidentes, assentando que o princípio, como postulado hermenêutico voltado à descriminalização de condutas formalmente típicas, atua sobre a **tipicidade**, e que para sua incidência devem ser analisadas as **circunstâncias objetivas** em que se deu a prática delituosa — o fato em si —, e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao ultrapassado Direito Penal do autor em detrimento do Direito Penal do fato. Em sentido diverso, porém, também decidiu que, tratando-se de crime cometido por mais de uma pessoa, durante o repouso noturno, e sendo um dos condenados reincidente, **não** é possível aplicar o princípio.

O **Superior Tribunal de Justiça**, embora aplique a insignificância em determinados casos, adota postura **mais restritiva**. Firmou que se admite reconhecer a não punibilidade de furto de coisa de valor insignificante ainda que presentes antecedentes penais, **desde que** estes não denotem tratar-se de alguém que se dedica com habitualidade a crimes patrimoniais. Por outro lado, considerou **inviável** a aplicação quando, além de o valor da *res furtiva* exceder o limite de dez por cento do salário mínimo vigente, o acusado é **multirreincidente**, com diversas condenações anteriores por crimes contra o patrimônio; e igualmente inviável quando a multirreincidência específica se soma ao fato de estar o acusado em prisão domiciliar durante as reiteraões criminosas.

Criminoso habitual. É aquele que faz da prática de crimes o seu meio de vida. A ele **não se aplica** o princípio da insignificância.

Militares e servidores públicos. Para o Supremo Tribunal Federal, **não se aplica** o princípio aos militares, regidos pela hierarquia e pela disciplina e detentores de especial credibilidade perante a sociedade, que não podem valer-se dessa posição para a prática de

crimes. O mesmo raciocínio é estendido a outros servidores públicos, como magistrados e membros do Ministério Público.

Condições da vítima

Extensão do dano. Analisa-se a repercussão concreta do prejuízo para a vítima. É célebre o caso da bicicleta em péssimo estado de conservação e de valor ínfimo, subtraída de um auxiliar de pedreiro, mas que constituía seu **único meio de transporte** e instrumento de sustento, circunstância que afastou a insignificância.

Valor sentimental do bem. Considera-se o significado do bem para a vítima, ainda que desprovido de expressão econômica, como no furto de porta-retratos que continha a única fotografia de filho já falecido, ou na subtração de um disco de ouro recebido em premiação.

ALERTA

Conclui-se, portanto, que a aplicação do princípio da insignificância pela jurisprudência dos tribunais superiores **não prescinde** de valoração das condições pessoais do agente e da vítima: não basta a inexpressividade da lesividade da conduta, considerada isoladamente.

6. Aplicabilidade: a regra

Aplica-se o princípio da insignificância a **todo e qualquer crime com ele compatível**, e não apenas aos crimes patrimoniais. A título ilustrativo, o Superior Tribunal de Justiça firmou, em recurso repetitivo, que o princípio é aplicável ao **contrabando de cigarros** quando a quantidade apreendida não ultrapassar mil maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de dar efetividade à repressão ao contrabando de vulto, **excetuada** a hipótese de reiteração da conduta, circunstância apta a indicar maior reprovabilidade e periculosidade social da ação.

7. Inaplicabilidade: as exceções

Alguns crimes são **incompatíveis** com o princípio, notadamente os crimes contra a vida, o estupro, o roubo e os demais crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, o tráfico de drogas e os crimes de máximo potencial ofensivo, assim entendidos os hediondos e equiparados. Além dessas hipóteses gerais, merecem exame situações específicas.

Violência doméstica e familiar contra a mulher

Os delitos praticados com violência contra a mulher, dada a expressiva ofensividade, a periculosidade social, a reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica causada, **perdem a característica de bagatela**. Firmou-se, assim, o enunciado sumular do Superior Tribunal de Justiça.

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

Crimes contra a Administração Pública

O Superior Tribunal de Justiça consolidou a inaplicabilidade do princípio nos crimes contra a Administração Pública, ao fundamento de que o bem jurídico primordialmente tutelado é a **moralidade administrativa** e a ética no exercício da função pública, e não apenas o patrimônio.

Súmula 599 do STJ. O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública.

Registre-se, contudo, que o próprio Superior Tribunal de Justiça, em edição de sua publicação de teses, admitiu ser possível, **excepcionalmente**, afastar a incidência da Súmula 599 e aplicar o princípio aos crimes praticados contra a Administração Pública **quando for ínfima a lesão ao bem jurídico tutelado**. Na mesma ocasião, firmou tese em sentido oposto quanto ao **estelionato praticado contra a Administração Pública**, ao qual o princípio é inaplicável, uma vez que a conduta ofende simultaneamente o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública, possuindo elevado grau de reprovabilidade.

Transmissão clandestina de sinal por radiofrequência

Também não se aplica o princípio ao crime do art. 183 da Lei 9.472/1997, pois a instalação de estação clandestina de radiofrequência, sem autorização, já é por si suficiente para comprometer a segurança, a regularidade e a operabilidade do sistema de telecomunicações do país, não podendo ser vista como lesão inexpressiva.

Súmula 606 do STJ. 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.

No Supremo Tribunal Federal prevalece igualmente a inaplicabilidade, registrando-se, porém, precedente isolado em que, diante de empate na votação, o princípio acabou aplicado.

Posse e porte de munição

O Supremo Tribunal Federal, a depender do caso concreto, reconhece a possibilidade de aplicação do princípio ao crime de posse ou porte ilegal de **pequena quantidade de munição desacompanhada da arma**, por ausência de potencialidade lesiva, tendo assentado, por exemplo, a atipicidade material da conduta de guardar em residência uma única munição de uso permitido e a de portar munição na forma de pingente. Quando, porém, a apreensão vem **acompanhada de outros delitos**, como o tráfico de drogas, afasta-se a incidência excepcional do princípio.

O Superior Tribunal de Justiça firmou teses no mesmo sentido: é possível aplicar o princípio aos delitos de porte ou posse de munição de uso permitido ou restrito, **desde que** a quantidade apreendida seja pequena, esteja desacompanhada de armamento apto ao disparo e as circunstâncias do caso demonstrem a ausência de lesividade; **não** é possível, contudo, se a apreensão acontecer no contexto do cometimento de outro crime.

Crimes ambientais e pesca em época proibida

Três afirmações sintetizam a orientação jurisprudencial. **Primeira:** em tese, é possível aplicar o princípio da insignificância aos crimes ambientais. **Segunda:** na prática, a esmagadora maioria dos julgados do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça **nega** a incidência ao delito do art. 34 da Lei 9.605/1998, tendo-se decidido não ser insignificante a conduta de pescar em época proibida e com petrechos proibidos, ainda que pequena a quantidade de peixes apreendida, sobretudo quando encontrados equipamentos de mergulho proibidos e espécimes de tamanho inferior ao permitido. **Terceira:** embora incomum, já se reconheceu a aplicação do princípio ao mesmo dispositivo, na hipótese em que houve a **devolução do único peixe, ainda vivo**, ao rio de onde fora retirado.

Divergem os julgados, por fim, quanto à responsabilização de quem é flagrado **sem nenhum peixe**, mas portando equipamentos de pesca em local onde a atividade é proibida, havendo precedentes admitindo a absolvição pela insignificância e outros a afastando.

Restituição imediata e integral do bem

Firmou o Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo, que a **restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente** para a incidência do princípio da insignificância. No caso apreciado, o agente subtraiu peças de carne e desodorantes de supermercado, sendo detido pelos seguranças até a chegada da polícia; embora os bens tenham sido integralmente restituídos, afastou-se a bagatela em razão da **habitualidade delitiva** do réu, que respondia a outras ações penais pelo mesmo delito.

8. Insignificância e acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal é negócio jurídico formalizado por escrito e firmado pelo Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor, cabível nas infrações praticadas sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, sujeito a homologação judicial. Foi introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019.

Art. 28-A, § 2º, II, CPP. O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

A ressalva final do dispositivo tem sido objeto de crítica doutrinária. Como observa **Renato Brasileiro**, há **contradição lógica** no emprego da expressão "exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas": se o princípio da insignificância exclui a tipicidade material, tornando o fato atípico, não haveria como existir **infração penal pretérita** a ser considerada. Por isso, a melhor leitura da expressão é no sentido de **infração de menor potencial ofensivo**, interpretação encampada pelo **Enunciado 21 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais**, que expressamente equipara as infrações insignificantes aos delitos de menor potencial ofensivo para os fins do dispositivo.

9. Valoração pela autoridade policial

Segundo o **Superior Tribunal de Justiça**, **não é possível** que a autoridade policial aplique o princípio da insignificância, por se tratar de matéria reservada ao Poder Judiciário. Assentou-se que, no momento em que toma conhecimento do delito, surge para a autoridade policial o **dever legal de agir** e de efetuar a prisão em flagrante, sendo o juízo sobre a incidência do princípio realizado apenas em **momento posterior**, pelo Judiciário, à luz das circunstâncias do caso concreto. A consequência prática é relevante: reconhecida posteriormente a insignificância quanto ao furto, subsiste a tipicidade da **resistência** oposta à ordem de prisão, por serem autônomos os delitos e diversos os bens jurídicos tutelados.

Em sentido contrário, parte expressiva da **doutrina** sustenta a possibilidade de aplicação pela autoridade policial, de forma fundamentada, ao argumento de que, diante da atipicidade do fato, faltaria **justa causa** para a própria instauração do inquérito policial.

10. Insignificância imprópria ou bagatela imprópria

Igualmente desprovida de previsão legal e também atribuída a **Claus Roxin**, a bagatela imprópria não se confunde com a insignificância propriamente dita.

Insignificância própria	Insignificância imprópria (bagatela imprópria)
O fato é atípico desde o nascimento.	O fato é típico e ilícito, e o agente é culpável.
Exclui a tipicidade material.	Exclui a punibilidade, por desnecessidade da pena no caso concreto.
Não há instauração de ação penal.	Há ação penal, e a apreciação ocorre no curso ou ao final do processo.

A insignificância imprópria funda-se na **desnecessidade da pena** diante das circunstâncias concretas, sendo exemplo clássico o do pai que, culposamente, atropela e causa a morte do próprio filho, hipótese em que o juiz deixa de aplicar a pena. Trata-se, portanto, de **causa supralegal de extinção da punibilidade**, aproximando-se funcionalmente do perdão judicial nas hipóteses em que a lei o admite.

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO BIS IN IDEM

Expresso no brocardo **ne bis in idem*, o princípio veda, em qualquer hipótese, a dupla punição pelo mesmo fato, pois extrapola a razoabilidade punir o agente duas vezes pela prática de um único fato. Não possui previsão expressa na Constituição, mas é extraído do sistema e do art. 8º, 4, do Pacto de San José da Costa Rica*, incorporado ao ordenamento pelo Decreto 678/1992, segundo o qual o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

O princípio projeta-se em três dimensões: **material**, impedindo a dupla apenação pelo mesmo fato; **processual**, impedindo o duplo processo; e **executória**, impedindo a dupla execução. Admite-se, excepcionalmente, o afastamento do *ne bis in idem* processual quando o julgamento realizado no exterior não se tiver realizado de modo justo e legítimo.

Aplicações práticas

A vedação impede que uma mesma circunstância seja valorada duas vezes em prejuízo do réu. Assim, no **infanticídio**, o fato de a vítima ser filha da agente já constitui **elementar** do tipo, razão pela qual não se pode aplicar cumulativamente a agravante genérica de crime praticado contra descendente; do mesmo modo, como o recém-nascido é necessariamente criança, tampouco incide a agravante de crime contra criança. No mesmo sentido, a **reincidência** não pode ser simultaneamente considerada agravante genérica e circunstância judicial desfavorável.

Súmula 241 do STJ. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

A leitura correta do enunciado é a seguinte: se o agente apresenta **uma única** condenação definitiva anterior, ela será utilizada como reincidência e **não poderá também** figurar como circunstância judicial desfavorável. Havendo mais de uma condenação, uma pode fundamentar a agravante e a outra os maus antecedentes, sem violação ao princípio. Registre-se, por fim, que a agravante da reincidência **não configura bis in idem**, **pois não se pune novamente o crime anterior, mas se agrava a resposta ao novo fato**** praticado por quem já fora definitivamente condenado.

PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO AGENTE DO FATO

1. Responsabilidade pessoal

Também denominado princípio da **intranscendência** ou da **personalidade**, proíbe o castigo penal pelo fato de **outrem**, pois não existe no Direito Penal responsabilidade coletiva.

Art. 5º, XLV, CF. 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.

O princípio comporta **dois desdobramentos**. O primeiro é a **individualização da pena** (art. 5º, XLVI, da CF), que impõe a fixação de resposta penal proporcional à conduta de cada agente. O segundo é a **individualização da acusação**, de modo que a denúncia não pode ser genérica, vaga ou evasiva, devendo as condutas ser individualizadas.

DOCTRINA

A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal passou a afastar a denúncia genérica, desenvolveu-se na doutrina, com **Eugênio Pacelli**, a distinção entre **acusação geral** e **acusação genérica**. Há **acusação geral** quando o órgão da acusação imputa a todos os acusados o **mesmo fato delituoso**, independentemente das funções por eles exercidas na empresa, hipótese admitida, pois todos respondem pelo mesmo comportamento. Há **acusação genérica** quando a acusação imputa **vários fatos típicos**, atribuindo-os genericamente a todos os integrantes da sociedade, sem descrever a participação individual, hipótese inadmissível, por inviabilizar o exercício da defesa.

2. Responsabilidade subjetiva

Não basta que o fato seja **materialmente causado** pelo agente: é imprescindível que tenha sido **querido, aceito ou previsível**, isto é, que haja dolo ou culpa. Só faz sentido castigar comportamentos desejados ou previsíveis, razão pela qual o Direito Penal **não admite responsabilidade penal objetiva**.

ATENÇÃO

A doutrina aponta **duas hipóteses** no Código Penal em que remanesceriam resquícios de responsabilidade objetiva: a **embriaguez não acidental completa**, em razão da aplicação da teoria da *actio libera in causa*; e a **rixa qualificada** pela lesão corporal grave ou pela morte, na qual todos os participantes respondem pelo resultado agravador, pouco importando quem efetivamente feriu ou matou a vítima.

3. Culpabilidade

Trata-se de **postulado limitador** do direito de punir. O castigo penal pressupõe agente **imputável**, dotado de **potencial consciência da ilicitude** e de quem seja **exigível conduta diversa**. Ausente qualquer desses elementos, não há juízo de reprovação e, portanto, não há pena. A culpabilidade opera, ainda, como **limite máximo** da resposta penal, impedindo que a pena ultrapasse o grau de reprovabilidade do fato.

4. Isonomia ou igualdade

Previsto no *caput* do art. 5º da Constituição, o princípio não se satisfaz com a **igualdade formal**, exigindo também a **igualdade material**. Admitem-se, portanto, **distinções justificadas**, tratando-se os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na

medida de suas desigualdades. É o que ocorre, por exemplo, na Lei Maria da Penha, cujo tratamento diferenciado se legitima pela situação de vulnerabilidade que busca compensar.

Art. 5º, caput, CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Também denominado **estado de inocência** ou **presunção de não culpabilidade**. Na definição de Renato Brasileiro, consiste no **direito de não ser declarado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**, ao término do devido processo legal, no qual o acusado tenha podido valer-se de todos os meios de prova pertinentes à sua defesa e à impugnação da credibilidade das provas da acusação.

1. Previsão e denominação

Constituição Federal	Convenção Americana de Direitos Humanos
Presunção de não culpabilidade.	Presunção de inocência.
Art. 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.	Art. 8º, § 2º: toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa.

Três observações são relevantes quanto à Convenção. **Primeira:** ela possui **status normativo supralegal**, situando-se abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional. **Segunda:** para a Convenção, a pessoa é inocente até que se comprove sua culpa, e a interpretação sistemática do texto, que assegura o duplo grau de jurisdição, sugere que a culpa se comprovaria após o exercício desse direito. **Terceira:** aplica-se o **princípio pro homine**, **segundo o qual, havendo tratamento diferenciado entre a legislação internacional e a interna, deve prevalecer o mais benéfico****, que no caso é o texto constitucional, ao exigir o trânsito em julgado.

2. Dimensões de atuação

Dimensão interna ao processo

É a manifestação do princípio **dentro do processo**, devendo ser observada por todos os sujeitos processuais. Dela derivam duas regras fundamentais, examinadas adiante: a **regra probatória** e a **regra de tratamento**.

Dimensão externa ao processo

Nessa dimensão, a presunção de inocência, somada às garantias constitucionais da imagem, da dignidade e da privacidade, demanda **proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado**, funcionando como limite democrático à exploração midiática do fato criminoso e do próprio processo. O tratamento como inocente não se restringe ao processo: externamente, o acusado não pode ser taxado de criminoso, seja pela imprensa, seja pela sociedade. As informações devem ser divulgadas, mas de maneira **imparcial e não tendenciosa**.

São expressões normativas dessa dimensão o tipo do art. 13, I e II, da Lei de Abuso de Autoridade, que criminaliza constranger o preso ou detento a exhibir-se ou ter seu corpo exibido à curiosidade pública, ou a submeter-se a situação vexatória; e o art. 3º-F do Código de Processo Penal, que atribui ao juiz das garantias assegurar o cumprimento das regras de tratamento do preso, impedindo ajustes com órgãos de imprensa para explorar a imagem da pessoa presa.

Art. 3º-F, CPP. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

3. Regra probatória

A parte acusadora tem o **ônus de demonstrar a culpabilidade** do acusado **além de qualquer dúvida razoável**, não cabendo a este provar sua inocência. Trata-se, em rigor, de regra de julgamento dirigida ao juiz. Confunde-se com o ***in dubio pro reo***: não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão, é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em juízo de ponderação, o primeiro erro é menos grave que o segundo.

O *in dubio pro reo* não é simples regra de apreciação das provas, devendo ser utilizado no **momento da valoração** probatória: na dúvida, a decisão há de favorecer o imputado, cabendo à acusação, Ministério Público ou querelante, afastar a presunção de não culpabilidade. O Código de Processo Penal consagra manifestação expressa da regra ao determinar a absolvição quando existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, **ou mesmo se houver fundada dúvida** sobre sua existência.

Art. 386, VI, CPP. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.

4. Regra de tratamento

A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da **excepcionalidade**, somente se justifica em hipóteses estritas: a regra é responder ao processo em **liberdade**, e a exceção é a prisão no curso do processo. São manifestações claras dessa regra a vedação de prisões processuais **automáticas ou obrigatórias** e a proibição de utilizar a prisão preventiva como antecipação de pena.

Art. 313, § 2º, CPP. Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

5. Limite temporal e a execução provisória da pena

É o ponto mais relevante e mais oscilante do tema, em razão das sucessivas mudanças de orientação do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de execução provisória da pena. A evolução comporta quatro períodos.

Período	Orientação e fundamentos
Até fevereiro de 2009	Era possível a execução provisória: condenado que interpusesse recurso especial ou extraordinário iniciava o cumprimento da pena enquanto aguardava o julgamento.
De fevereiro de 2009 a fevereiro de 2016	Não era possível a execução provisória. Fundamentos: a prisão antes do trânsito em julgado só pode ser cautelar; a execução após a apelação restringe o direito de defesa; a antecipação é incompatível com a Constituição. O réu poderia aguardar preso, mas apenas preventivamente.
De fevereiro de 2016 a novembro de 2019	Voltou a ser possível a execução provisória após acórdão condenatório de segundo grau. Fundamentos: os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo; após o duplo grau exaure-se a análise de fatos e provas; é necessário equilibrar a presunção de inocência com a efetividade da jurisdição penal.
De novembro de 2019 até hoje	Não é possível a execução provisória: o cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos. Fundamentos: o art. 283 do CPP é compatível com a Constituição; o art. 5º, LVII, não comporta margem interpretativa; a repressão a crimes não pode transgredir garantias fundamentais; e o Judiciário não pode decidir com base no clamor público.

Na orientação atual, é possível que o réu seja preso antes do trânsito em julgado, mas para isso é necessária **decisão judicial individualmente fundamentada**, na qual o magistrado demonstre a presença dos requisitos da prisão preventiva do art. 312 do Código de Processo Penal. O réu pode, portanto, ficar preso antes do trânsito em julgado, mas **cautelarmente**, e não em execução provisória da pena.

Art. 283, CPP. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

ATENÇÃO

Os tribunais devem permanecer atentos ao **exercício abusivo do direito de recorrer**, que visa, na realidade, a postergar o trânsito em julgado e afastar a execução da pena. Como forma de coibir esse comportamento, a Lei 13.964/2019 acrescentou o inciso III ao art. 116 do Código Penal, prevendo que a prescrição **não corre** na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores **quando inadmissíveis**.

Registre-se, por fim, que a vedação da execução provisória **não impede** a concessão antecipada de benefícios prisionais ao preso cautelar, conforme entendimentos sumulados do Supremo Tribunal Federal.

Súmula 716 do STF. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717 do STF. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

6. Presunção de inocência e Tribunal do Júri

Questão específica diz respeito à execução provisória das penas impostas pelo **Tribunal do Júri**. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal vinha decidindo que a condenação pelo

júri a pena igual ou superior a quinze anos de reclusão autorizava a execução provisória, orientação que a Lei 13.964/2019 positivou no art. 492, I, "e", do Código de Processo Penal. O dispositivo tem sua **constitucionalidade questionada** por parte da doutrina, uma vez que admite a execução provisória de decisão proferida em **primeiro grau**, ainda que fundada na soberania dos veredictos.

Art. 492, I, "e", CPP. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I - no caso de condenação: e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PENA

O quarto grupo da classificação reúne os princípios da **dignidade da pessoa humana**, da **individualização da pena**, da **proporcionalidade**, da **personalidade** e da **vedação do bis in idem**. Alguns deles já foram examinados neste bloco, por projetarem efeitos que transcendem a dosimetria: é o caso da proporcionalidade, da personalidade e da vedação do *bis in idem*. Os demais, por se ligarem diretamente à espécie, à quantidade e ao modo de execução da sanção, são desenvolvidos no bloco dedicado à **teoria geral da pena**, no qual se examinam também as vedações constitucionais do art. 5º, XLVII, e a individualização nas fases legislativa, judicial e executória.

QUESTÕES DE PROVAS FGV E ENAM

Questões objetivas aplicadas pela Fundação Getúlio Vargas nos concursos da magistratura entre 2024 e 2026 e em todas as edições do Exame Nacional da Magistratura, referentes ao conteúdo deste bloco.

FGV (TRF5-25) 1. Dentre os princípios basilares do Direito Penal, está o da legalidade. Acerca dele, é correto afirmar, à luz da Constituição da República e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, que:

- (A) o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ADO nº 26, expressamente excepcionou o princípio da legalidade e admitiu o emprego da analogia in malam partem, para equiparar as condutas homotransfóbicas aos crimes de racismo;
- (B) se admite que medidas provisórias tipifiquem penalmente comportamentos;
- (C) não se admite combinação de leis, salvo para beneficiar o réu;
- (D) tratados e convenções internacionais, ainda que ratificados, não têm o condão de, no direito interno, tipificar crimes e cominar penas, por conta do princípio da reserva legal;
- (E) leis complementares não podem tipificar penalmente comportamentos.

FGV (4ENAM-25) 2. Assinale a opção que, segundo o Supremo Tribunal Federal, apresenta os requisitos objetivos ou vetores para a aplicação do princípio da insignificância.

- (A) Ausência de ofensividade da conduta do agente; pouca periculosidade social da ação, nenhuma reprovabilidade do agente e reduzida lesão jurídica causada.
- (B) Primariedade do agente, reduzida expressividade da lesão jurídica provocada, ausência de reprovabilidade da conduta e inexistência de periculosidade social do comportamento.
- (C) Ausência de ofensividade da conduta do agente, reduzida periculosidade social da ação, disponibilidade do bem jurídico atacado e pouca expressividade da lesão jurídica provocada.
- (D) Mínima ofensividade da conduta do indivíduo, primariedade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e baixa expressividade da lesão jurídica provocada.
- (E) Mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

FGV (TJPR-26) 3. Movido por convicções filosóficas contrárias ao direito de propriedade e à restrição da difusão do conhecimento científico, Caio ingressa em uma biblioteca pública municipal e subtrai, sem o uso de violência ou grave ameaça, um exemplar de uma obra jurídica rara, cujo valor de mercado é estimado em dois mil reais, mas que não possui circulação comercial por estar esgotada há décadas. Após a denúncia por furto qualificado praticado mediante fraude (Art. 155, § 4º, II, Código Penal), a defesa requer a absolvição em razão da atipicidade material da conduta, pois o livro foi recuperado intacto poucas horas após a ação. Diante de tal situação hipotética, assinale a afirmativa correta.

- (A) A aplicação do princípio da insignificância é viável, pois a restituição do bem exclui a tipicidade da conduta, atendendo ao requisito da inexpressividade da lesão jurídica provocada.
- (B) O princípio da adequação social atua como causa de exclusão da tipicidade formal, permitindo a absolvição do réu, pois a conduta, embora prevista em lei penal, é aceita por grupo social relevante e específico.
- (C) O princípio da insignificância encontra óbice na natureza do bem jurídico tutelado, pois o livro possui valor superior ao salário- mínimo vigente e integra o patrimônio público.
- (D) O princípio da fragmentariedade é aplicável para justificar a absolvição do réu, pois a proteção do acervo bibliográfico é disciplinada por normas administrativas e cíveis.
- (E) O princípio da ofensividade ou lesividade ampara o pleito defensivo de absolvição, pois inexistiu perigo concreto e duradouro ao bem jurídico, o que exclui a culpabilidade do agente.

FGV (TJPA-26) 4. Acerca dos princípios do direito penal e a sua aplicação pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, é correto afirmar que o princípio da:

- (A) individualização das penas é informador da atividade legislativa e judicial, incluindo a fase de execução penal;
- (B) insignificância não é compatível com crimes contra a Administração Pública, incluindo os crimes tributários;
- (C) intranscendência da pena impede que a pena criminal seja transmitida aos herdeiros, excetuando-se as multas penais e a obrigação de reparar o dano, nos limites do patrimônio transferido;
- (D) culpabilidade exige que a lei penal seja certa, escrita, anterior e estrita, sem o que não é possível impor uma condenação criminal;
- (E) humanidade é relativizado no caso dos crimes ambientais, em que pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas, diretamente, por suas ações.

GABARITO

1. D 2. E 3. C 4. B