



Revisão®

COORDENAÇÃO
ROGÉRIO SANCHES CUNHA
RICARDO DIDIER

Carreiras Jurídicas

PROCURADORIA DO ESTADO

Procurador do Estado

Mais de

2.000

QUESTÕES COMENTADAS

Alternativa por alternativa por autores especialistas

TOMO 1

PROIBIDA A VENDA
apenas deste tomo

7ª
edição

Revista
atualizada
ampliada

2021



EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

✦ QUESTÕES

1. CONSTITUCIONALISMO. CONSTITUIÇÃO. CONCEITO. CLASSIFICAÇÃO. APLICABILIDADE E INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

01. (Vunesp – Procurador do Estado – PGE – SP/2018) O jurista alemão Konrad Hesse, ao analisar a interpretação constitucional como concretização, afirmou que *“bens jurídicos protegidos juridico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade.”*, ou seja, pode-se dizer que em determinados momentos o intérprete terá de buscar uma função útil a cada um dos bens constitucionalmente protegidos, sem que a aplicação de um imprima a supressão do outro. A definição exposta refere-se ao Princípio

- a) da Comparação Constitucional.
- b) Hermenêutico-Concretizador.
- c) da Forma Justeza ou da conformidade funcional.
- d) da Concordância Prática ou da Harmonização.
- e) da Proporcionalidade.

COMENTÁRIOS

Alternativa “a”: Esse princípio prega a interpretação da Constituição a partir de sua comparação com outras Constituições.

Alternativa “b”: O princípio hermenêutico-concretizador resulta na interpretação por meio da qual o intérprete se vale de suas pré-compreensões valorativas para obter o sentido da norma e então aplicá-la à resolução de determinado problema. Assim, o conteúdo da norma somente é alcançado a partir de sua interpretação concretizadora, dotada do caráter criativo que emana do intérprete.

Alternativa “c”: O princípio da conformidade ou justeza constitucional estabelece que não se deve atribuir à norma constitucional um sentido que subverta o esquema organizatório-funcional da Constituição.

Alternativa “d”: Segundo esse princípio, a interpretação de uma norma constitucional exige a harmonização dos bens e valores jurídicos colidentes em um dado caso concreto, de forma a se evitar o sacrifício total de um em relação a outro, conforme descreve o texto da questão.

Alternativa “e”: Esse princípio exige a tomada de decisões racionais, não abusivas, que respeitem os núcleos essenciais de todos os direitos fundamentais, de modo a verificar a adequação e necessidade de condutas quanto a suas realizações.

Alternativa correta: letra “d”.

02. (Cespe – Procurador do Estado – PGE – SE/2017)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Art. 37. (...)

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

Art. 216. (...)

§ 3.º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Constituição da República Federativa do Brasil.

Quanto ao grau de eficácia, as regras constitucionais anteriormente apresentadas classificam-se, respectivamente, como regras de eficácia

- a) plena, limitada e contida.
- b) limitada, contida e programática.
- c) contida, plena e limitada.
- d) plena, contida e limitada.
- e) plena, programática e contida.

COMENTÁRIOS

A primeira regra constitucional se apresenta como norma de eficácia plena – normas de eficácia plena são aquelas dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, pois não necessitam de lei infraconstitucional para torná-las aplicáveis e nem admitem lei infraconstitucional que lhes restrinja o conteúdo. Em outras palavras: elas trazem todo o conteúdo necessário para a sua materialização prática. São entendidas como de aplicabilidade direta,

imediate e integral, pois não necessitam de lei infraconstitucional. A segunda regra se coloca como norma de eficácia contida, pois tem aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, admitindo que seu conteúdo seja restringido por normas infraconstitucionais, o que ocorre, por exemplo, com o enunciado que garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII, da CF). Por fim, a última regra se classifica como norma de eficácia limitada, visto que possui aplicabilidade indireta, mediata e reduzida (não direta, não imediata e não integral), exigindo uma norma infraconstitucional para se realizar na prática, ainda que dotada de eficácia jurídica e que possua caráter vinculante ao legislador. Ainda, essa norma condiciona a atuação da administração pública e informa a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário.

Alternativa correta: letra “d” (responde todas as demais alternativas).

03. (PUC – Procurador do Estado – PR/2015) Sobre as possíveis classificações da Constituição, assinale a afirmação CORRETA.

- a) Na classificação de Loewenstein, a Constituição semântica é juridicamente válida, porém, não é real e efetiva. Nesse caso, a Constituição possui validade jurídica, todavia, não é integrada na comunidade política e social.
- b) A Constituição da República Federativa do Brasil, outorgada em 5/10/1988, pode ser classificada como semirrígida, porque admite o fenômeno da mutação.
- c) As Constituições classificadas como flexíveis são assim conhecidas porque admitem a alteração de seu conteúdo, desde que por meio de um processo legislativo formal, solene e mais dificultoso que o ordinário.
- d) A noção de Constituição dirigente determina que, além de organizar e limitar o poder, a Constituição também preordena a atuação governamental por meio de planos e programas de constitucionais vinculantes.
- e) As Constituições tidas por rígidas são típicas de exercícios políticos autoritários e temporalmente ilimitados.

COMENTÁRIOS

Alternativa “a”: na classificação de Loewenstein, a Constituição semântica tem importância jurídica, mas não valoração legítima, pois é criada apenas para justificar o exercício de um Poder não democrático. São meros simulacros de Constituição. Ou seja, não possui valoração legítima. Ainda, Loewenstein aponta, ao lado da Constituição Semântica na classificação quanto ao valor ou ontologia, a Constituição Normativa (dotada de valor jurídico legítimo) e a Constituição Nominal (sem valor jurídico; com papel eminentemente social).

Alternativa “b”: a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada (e não outorgada) em 5/10/1988,

pode ser classificada como Rígida ou Super-rígida (mas não semirrígida). É classificada rígida, pois seu processo de alteração é mais difícil do que o utilizado para criar leis. E Super-rígida, vez que, além de o seu processo de alteração ser mais difícil do que o utilizado para criar leis, ela tem uma parte imutável (cláusulas pétreas).

Alternativa “c”: as Constituições classificadas como flexíveis são assim conhecidas porque o processo para sua alteração é igual ao utilizado para criar leis. Ou seja, admitem a alteração de seu conteúdo, de dificuldade igual ao utilizado para alteração de normas ordinárias.

Alternativa “d”: a noção de Constituição dirigente determina que, além de organizar e limitar o poder, a Constituição também preordena a atuação governamental por meio de planos e programas de constitucionais vinculantes. As constituições dirigentes prescrevem programas a serem implementados pelos Estados, normalmente por meio de normas programáticas.

Alternativa “e”: as Constituições tidas por rígidas não são típicas de exercícios políticos autoritários e temporalmente ilimitados. Na realidade, a constituição rígida é aquela em que o processo para a alteração de qualquer de suas normas é mais difícil do que o utilizado para criar leis. Vale lembrar, nossa Carta Política de 1988 é considerada rígida (ou, segundo alguns doutrinadores, super-rígida).

Alternativa correta: letra “d”.

04. (PUC – Procurador do Estado – PR/2015) Em que pesem os debates contemporâneos, ainda é bastante utilizada a classificação de José Afonso da Silva acerca da eficácia das normas constitucionais. De acordo com essa classificação clássica, assinale a assertiva CORRETA.

- a) Poderá ser impetrado Mandado de Injunção para sanar omissão de norma constitucional de eficácia limitada.
- b) Todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais contidas no artigo 5º da Constituição podem ser consideradas como normas constitucionais de eficácia plena.
- c) Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas desprovidas de qualquer eficácia jurídica e social enquanto não houver legislação integrativa infraconstitucional que lhes dê aplicabilidade.
- d) Normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que têm aplicabilidade integral, produzindo seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição, podendo sofrer redução no seu alcance por atuação do legislador infraconstitucional.
- e) O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que consigna a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, é norma constitucional de eficácia limitada.

COMENTÁRIOS

📌 **Nota do Autor:** a classificação da eficácia das normas constitucionais realizadas por José Afonso da Silva é bastante cobrada em concursos públicos, de modo que

✦ DICAS

1. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

1.1. CONCEITO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

- Na lição de Pinto Ferreira, o **direito constitucional** na prática e na história surgiu intimamente ligado a regime constitucional que limitou o Poder do Estado em proveito das liberdades públicas. Em síntese, o direito constitucional também pode ser compreendido como a **ciência positiva das Constituições** (*Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3-5).

1.2. OBJETO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

- De acordo com José Afonso da Silva, o **objeto do direito constitucional** “é constituído pelas normas fundamentais da organização do Estado, isto é, pelas normas relativas à estrutura do Estado, forma de governo, modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos, limites de sua atuação, direitos fundamentais do homem e respectivas garantias e regras básicas da ordem econômica e social” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6 ed. São Paulo: RT, 1989, p. 33-35).

1.3. FORMAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

- Pinto Ferreira ensina que a expressão direito constitucional surgiu na Itália, no fim do século XVIII, firmando-se como disciplina jurídica no início do século XIX, na Faculdade de Direito de Paris (*Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3-5). Para além da formação da expressão “direito constitucional”, é importante o estudo da criação e evolução dessa disciplina jurídica, o que se faz por meio do estudo do constitucionalismo.

1.4. CONSTITUCIONALISMO

1.4.1. CONCEITO

Movimento evolutivo de criação das Constituições.

1.4.2. ETAPAS OU CICLOS CONSTITUCIONAIS

Movimento evolutivo de criação das Constituições.

1.4.2.1. CONSTITUCIONALISMO PRIMITIVO (APROXIMADAMENTE DE 30.000 A. C. ATÉ 1.000 A. C)

Na antiguidade clássica, os líderes das famílias ditavam e resguardavam as regras supremas para o convívio social. Segundo Karl Loewestein, o povo hebreu, teve grande destaque no movimento constitucionalista desse período, notadamente por reconhecer que os valores garantidos pelos primeiros textos bíblicos não podiam ser violados por ninguém (*Teoria de La Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 154-157).

1.4.2.2. CONSTITUCIONALISMO ANTIGO (APROXIMADAMENTE DE 1.000 A.C. AO SÉC. V D.C.)

Os Paramentos e Monarcas formulavam as normas de convívio social, e já existia uma exortação aos direitos fundamentais dos indivíduos. Entretanto, o constitucionalismo tinha pouco efetividade, pois os Monarcas não cumpriam as garantias dispostas nos direitos fundamentais.

1.4.2.3. CONSTITUCIONALISMO MEDIEVAL (SÉC. V A XVIII)

Surgimento de documentos que limitavam os poderes dos Monarcas e garantiam liberdades públicas aos cidadãos, a exemplo da Magna Charta de 1215, no Reino Unido. Também é desta época o que se denomina **constitucionalismo whig ou termidoriano**, que caracteriza a evolução lenta e gradual do movimento constitucionalista, e que se materializou com a ascensão de Guilherme de Oranges e do partido whig no Reino Unido, no final do século XVII, também marcado pela edição da Bill of Rights (1689).

1.4.2.4. CONSTITUCIONALISMO MODERNO (SÉC. XVIII A SÉC. XX)

Materialização e afirmação das Constituições Formais Liberais, que representavam garantias sérias de limitação dos Poderes Soberanos, e eram dotadas de legitimidade democrática popular. Desenvolveu-se a partir das revoluções liberais (Revolução Francesa e Revolução das 13 Colônias Estadunidenses). Representou o início do garantismo e o surgimento das primeiras Constituições dirigentes.

1.4.2.5. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO (SÉC. XX A SÉC. XXI)

Caracteriza-se pela consolidação da existência de Constituições garantistas, calcadas na defesa dos direitos fundamentais igualitários, sociais e solidários. As disposições constantes nas Constituições têm reafirmada sua força normativa destacada em relação às prescrições de outras fontes jurídicas (leis e atos estatais). Esse período é marcado pelas constituições dirigentes, que prescrevem programas a serem implementados pelos Estados, normalmente por meio de normas programáticas. Vale destacar que esse período acabou manchado por algumas constituições criadas apenas para justificar o exercício de um Poder não democrático, a exemplo da Carta Polaca de 1937, que sustentou a Era Vargas no Brasil, e que faz parte do que se denomina **constitucionalismo semântico**, uma vez que se busca extrair da Constituição apenas os significados que possam reconhecer a tomada e manutenção de Poder por regimes autoritários.

1.4.2.6. NEOCONSTITUCIONALISMO (SÉC. XX E SÉC. XXI)

Como um aprimoramento do Constitucionalismo Contemporâneo, prega a importância destacada da moral e dos valores sociais, garantidos predominantemente por meio de princípios. Não se conforma com as normas programáticas e as constituições dirigentes, afirmando que as Constituições devem ser dotadas de força normativa. Para conferir normatividade à Constituição, destaca o Poder Judiciário como garantidor, colocando a atividade legislativa em segundo plano. Em resumo: trabalha com a ideia de extração da máxima efetividade do Texto Constitucional, pois a Constituição deve ocupar o centro do sistema jurídico.

- Segundo **Ana Paula de Barcellos** (*"Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas"*, disponível em www.mundojuridico.adv.br), o **Neoconstitucionalismo tem as seguintes características**:

Características do Neoconstitucionalismo	
1) Do ponto de vista metodológico-formal:	a) Normatividade da Constituição: todas as disposições constitucionais são normas jurídicas; b) Superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica: o que se dá por meio de constituições rígidas; c) Centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos: os demais ramos do Direitos devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.

Características do Neoconstitucionalismo	
2) Do ponto de vista material:	a) Incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; b) Expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional: envolve as colisões reais e aparentes entre regras e princípios (conflitos específicos) e o papel da Constituição (conflito geral). Esse conflito geral sobre o papel da constituição divide os autores em duas correntes.
3) Correntes sobre o papel da Constituição no Neoconstitucionalismo, segundo Ana Paula de Barcellos:	a) Percepção/Visão Substancialista: cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais. b) Percepção/Visão Procedimentalista: cabe à Constituição apenas garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas políticas.

- **Correntes sobre o papel da Constituição no Neoconstitucionalismo, segundo Ana Paula de Barcellos:**

- Percepção/Visão Substancialista: cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais.
- Percepção/Visão Procedimentalista: cabe à Constituição apenas garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas políticas.

1.5. TRANSCONSTITUCIONALISMO

Ideia segundo a qual os ordenamentos jurídicos de vários Estados devem dialogar e ser aplicados em conjunto para a obtenção de soluções práticas de natureza constitucional. Tem como premissa a insuficiência das ordens nacionais ou locais para solucionar os complexos problemas de uma sociedade multicêntrica. O transconstitucionalismo também é conhecido como **constitucionalismo de níveis múltiplos, multinível ou multiplex**. No Brasil, o início do desenvolvimento

dos estudos sobre o transconstitucionalismo é atribuído a **Marcelo da Costa Pinto Neves**, que defendeu tese acadêmica sobre a temática no ano de 2009.

1.6. PÓS-POSITIVISMO

Supera e aprimora os clássicos pensamentos jusnaturalista e positivista. Ao mesmo tempo em que admite a importância de um direito claro e objetivo (positivismo jurídico), reconhece o valor da filosofia, da moral, da política e da ética para a compreensão e realização do direito (jusnaturalismo). Luís Roberto Barroso defende que o pós-positivismo é o fundamento do neoconstitucionalismo, bem como o marco filosófico das transformações do direito constitucional contemporâneo.

1.7. NEOPOSITIVISMO

Não se confunde com o pós-positivismo. Em verdade, se trata da reação a uma forma de positivismo bem antiga, o positivismo sociológico, segundo o qual, o direito precisa estar próximo do meio social, envolto a ideias de paz, harmonia, interesse público e felicidade, o que exigia uma atividade criativa dos seus aplicadores. O grande nome do neopositivismo foi Hans Kelsen. A novidade ("neo") impressa por Kelsen ao positivismo sociológico consistiu na cientificidade. O autor buscou a compreensão sobre a estrutura lógica do direito visto como um sistema, que teria o condão de explicar a ordenação de normas jurídicas em qualquer ordenamento jurídico do mundo. Por essa razão, Hans Kelsen se concentrou na forma em detrimento da essência. Cronologicamente, o neopositivismo sucedeu o positivismo sociológico e antecedeu o pós-positivismo.

1.8. TRANSCONSTITUCIONALISMO

Ideia segundo a qual os ordenamentos jurídicos de vários Estados devem dialogar e ser aplicados em conjunto para a obtenção de soluções práticas de natureza constitucional. Tem como premissa a insuficiência das ordens nacionais ou locais para solucionar os complexos problemas de uma sociedade multicêntrica. O transconstitucionalismo também é conhecido como **constitucionalismo de níveis múltiplos, multinível ou multiplex**.

- **Constituição transversal:** traduz a ideia de uma Constituição que pode se formar para além das fronteiras de um Estado Nacional, em um contexto de transconstitucionalismo. A ideia da Constituição transversal se liga com a União Europeia, na medida em se passou a cogitar a existência de uma Constituição Europeia, documento que teria aptidão para resolver problemas envolvendo diferentes povos e culturas. Esse tipo de Constituição também pode ser apelidada de multinível ou *multilevel*.
- No Brasil, o início do desenvolvimento dos estudos sobre o transconstitucionalismo é atribuído a **Marcelo da Costa Pinto Neves**, que defendeu tese acadêmica sobre a temática no ano de 2009.

1.9. CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO

Constituição Sociológica (Ferdinand Lassalle – 1862): é aquela que deve traduzir a soma dos fatores reais de poder que rege determinada nação, sob pena de se tornar mera folha de papel escrita, que não corresponda à Constituição real.

Constituição Política (Carl Schmitt – 1928): é aquela que decorre de uma decisão política fundamental, e se traduz na estrutura do Estado e dos Poderes, e na presença de um rol de direitos fundamentais. As normas que não traduzirem a decisão política fundamental não serão constituição propriamente dita, mas meras leis constitucionais.

Constituição Material: é o arcabouço de normas que tratam da organização do poder, da forma de governo, da distribuição da competência, dos direitos da pessoa humana, considerados os sociais e individuais, do exercício da autoridade, ou seja, trata da composição e do funcionamento da ordem política. Tem relação umbilical com a Constituição Política de Carl Schmitt.

Constituição Jurídica (Hans Kelsen – 1934): é aquela que se constitui em norma hipotética fundamental pura, que traz fundamento transcendental para sua própria existência (sentido lógico-jurídico), e que, por se constituir no conjunto de normas com mais alto grau de validade, deve servir de pressuposto para a criação das demais normas que compõem o ordenamento jurídico (sentido jurídico-positivo).

Constituição Culturalista (Michele Ainis – 1986): é aquele que representa o fato cultural, ou seja, que disciplina as relações e direitos fundamentais pertinentes à cultura, tais como a educação, o desporto, e a cultura em sentido estrito.

Constituição Aberta (Peter Häberle – 1975): é aquela interpretada por todo o povo em qualquer espaço, e não apenas pelos juristas, no bojo dos processos.

Constituição Pluralista (Gustavo Zagrebelsky): não é nem um mandato nem um contrato. É aquela dotada de princípios universais, segundo as pretensões acordadas pelas "partes". Caracteriza-se pela capacidade de oferecer respostas adequadas ao nosso tempo ou, mais precisamente, da capacidade da ciência constitucional de buscar e encontrar essas respostas na constituição.

Constituição Simbólica (Marcelo Neves - 1994): é aquela que traz uma grande enunciação de direitos e valores sociais que não passam de álibis ou argumentos dilatórios frente à falta de efetividade prática do que se preceitua.

Constituição transversal, multinível ou multilevel (Marcelo Neves): traduz a ideia de uma Constituição que pode se formar para além das fronteiras de um Estado Nacional, em um contexto de transconstitucionalismo. A ideia da Constituição transversal se liga com a União Europeia, na medida em se passou a cogitar a existência de uma Constituição Europeia, documento que teria aptidão para resolver problemas envolvendo

diferentes povos e culturas. Esse tipo de Constituição também pode ser apelidada de multinível ou *multilevel*.

1.10. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL:

A noção de supremacia da Constituição é oriunda de dois conceitos essenciais: 1. a ideia de superioridade do Poder Constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes; e 2. a distinção entre Constituições Rígidas e Flexíveis. Nesse sentido, a supremacia prega que as normas constitucionais representam o paradigma máximo de validade do ordenamento jurídico, de modo que todas as demais normas são hierarquicamente inferiores a ela. Na pirâmide normativa de Hans Kelsen a Constituição está no ápice e as demais normas estão abaixo dela (relação de compatibilidade vertical).

1.11. CLASSIFICAÇÃO OU TIPOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES

1.11.1. QUANTO À ORIGEM

- 1) Democrática, Promulgada ou Popular: elaborada por legítimos representantes do povo, normalmente organizados em torno de uma Assembleia Constituinte.
- 2) Outorgada: é aquela elaborada sem a presença de legítimos representantes do povo, imposta pela vontade de um poder absolutista ou totalitário, não democrático.
- 3) Constituição Cesarista, Bonapartista, Plebiscitária ou Referendária: é aquela criada por um ditador ou imperador e posteriormente submetida à aprovação popular por plebiscito ou referendo.
- 4) Pactuada/Dualista: originada de um compromisso instável de duas forças políticas rivais, de modo que o equilíbrio fornecido por tal espécie de Constituição é precário. Esse modelo foi muito utilizado na monarquia da Idade Média. A Magna Carta de 1215, que os barões obrigaram João Sem Terra a jurar, é um exemplo.
- 5) Heteroconstituição (ou “Constituição Dada”): é aquela criada fora do Estado em que irá vigorar. Ex.: Constituição do Chipre (procedente dos acordos de Zurique, de 1960, entre a Grã-Bretanha, a Grécia e a Turquia).

1.11.2. QUANTO AO CONTEÚDO:

- 1) Formal: compõe-se do que consta em documento solene que tem posição hierárquica de destaque no ordenamento jurídico.
- 2) Material: composta por regras que exteriorizam a forma de Estado, organizações dos Poderes e direitos fundamentais. Portanto, suas normas são aquelas essencialmente constitucionais, mas que podem

ser escritas ou costumeiras, pois a forma tem importância secundária.

1.11.3. QUANTO À FORMA:

- 1) Escrita/Instrumental: formada por um texto.
 - A) Escrita Legal (Paulo Bonavides): formada por texto oriundo de documentos esparsos ou fragmentados.
 - B) Escrita Codificada (Paulo Bonavides): formada por texto inscrito em documento único.
- 2) Não Escrita: identificada a partir dos costumes, da jurisprudência predominante e até mesmo por documentos escritos (por mais contraditório que possa parecer). Como esclarece Dirley da Cunha Júnior, “não existe Constituição inteiramente não-escrita ou costumeira, pois sempre haverá normas escritas compondo o seu conteúdo. A Constituição inglesa, por exemplo, compreende importantes textos escritos, mas esparsos no tempo e no espaço, como a Magna Carta (1251), o Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Act (1679), o Bill of Rights (1689), entre outros” (*Direito Constitucional*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 120).

1.11.4. QUANTO À ESTABILIDADE

- 1) Imutável: não prevê qualquer processo para sua alteração.
- 2) Fixa: só pode ser alterada pelo Poder Constituinte Originário, “circunstância que implica, não em alteração, mas em elaboração, propriamente, de uma nova ordem constitucional” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 122-123)
- 3) Rígida: aquela em que o processo para a alteração de qualquer de suas normas é mais difícil do que o utilizado para criar leis.¹
- 4) Flexível: aquela em que o processo para sua alteração é igual ao utilizado para criar leis.
- 5) Semirrígida ou semiflexível: é aquela dotada de parte rígida (em que somente pode ser alterada por processo mais difícil do que o utilizado para criar leis), e parte flexível (em que pode ser alterada pelo mesmo processo utilizado para criar leis).

1.11.5. QUANTO À EXTENSÃO:

- 1) Sintética: é a Constituição que regulamenta apenas os princípios básicos de um Estado.

1 Vale ressaltar que alguns autores falam em Constituição super-rígida, como aquela em que além de o seu processo de alteração ser mais difícil do que o utilizado para criar leis, dispõe ainda de uma parte imutável (cláusulas pétreas).

✦ QUESTÕES

1. PRINCÍPIOS

01. (Cespe – Procurador do Estado – ES/2008 – Adaptada) Ainda acerca do direito penal julgue os itens a seguir.

Quando do envio do Código de Defesa do Consumidor à sanção presidencial, um de seus dispositivos foi vetado em sua integralidade, sendo esta a sua redação original: “Colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios. Pena – detenção, de 6 meses a 2 anos e multa.” Com base nos princípios que norteiam o direito penal, é correto afirmar que a razão invocada no veto foi a inobservância do princípio da legalidade.

COMENTÁRIOS

A questão se refere ao artigo 62 da Lei nº 8.078/90, que traria, caso não houvesse sido vetado, a conduta criminosa de colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios. De acordo com as razões do veto, tratando-se “de norma penal, é necessário que a descrição da conduta vedada seja precisa e determinada. Assim, o dispositivo afronta a garantia estabelecida no art. 5º, XXXIX, da Constituição.”. O princípio da taxatividade (ou da determinação), corolário do princípio da legalidade, dirigido diretamente à pessoa do legislador, exige dos tipos penais clareza, sem margens a dúvidas, de modo a permitir à população em geral o pleno entendimento do tipo penal. **CERTO**

02. (PGE/PA – Procurador do Estado – PA/2009) Acerca dos princípios do Direito Penal, assinale a alternativa CORRETA:

- a) O princípio do caráter fragmentário do Direito Penal estabelece que todo ilícito penal será também ilícito perante os demais ramos do Direito e a recíproca é verdadeira.
- b) O princípio da insignificância dispõe que o Direito Penal não deve se ocupar com assuntos irrelevantes e funciona como causa de exclusão de tipicidade. Porém, não se admite sua aplicação a crimes prati-

cados com emprego de violência à pessoa ou grave ameaça.

- c) O princípio da insignificância ou criminalidade de bagatela confunde-se com o conceito das infrações de menor potencial ofensivo, porque o Direito Penal não deve se ocupar de matérias sem relevância.
- d) A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva para aplicação do princípio da insignificância, não se exigindo nenhum outro requisito subjetivo.

COMENTÁRIOS

✦ **Nota do Autor:** há duas diferenças básicas entre a lei e os princípios. A primeira diz respeito à solução de conflito existente entre ambos. Havendo embate entre leis, somente uma delas prevalecerá, afastando-se as demais. No caso de embate entre princípios, invoca-se a proporcionalidade (ou ponderação de valores), aplicando-os em conjunto, na medida de sua compatibilidade. Outra diferença está no plano da concretude. Malgrado ambos sejam dotados de aplicação abstrata, os princípios possuem maior abstração quando comparados à lei, pois enquanto esta é elaborada para reger abstratamente determinado fato, os princípios se aplicam a um grupo indefinido de hipóteses.

Alternativa “a”: a fragmentariedade é um desdobramento da intervenção mínima que norteia a ingerência do Direito Penal, determinando que este ramo não se destina à proteção de todos os bens juridicamente tutelados, mas somente daqueles dotados de especial relevância social. Quer isto dizer que, de toda a gama de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, volta-se o Direito Penal apenas a parte dele (fragmentos). Dessa forma, a assertiva está errada porque, embora em regra o ilícito penal seja considerado contrário ao direito perante os demais ramos, nem sempre a recíproca será verdadeira.

Alternativa “b”: o princípio da insignificância se refere à tipicidade, mais precisamente à tipicidade material, afastada quando ausente relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Pode ser entendido como um instrumento de interpretação restri-

tiva do tipo penal: sendo formalmente típica a conduta e relevante a lesão, aplica-se a norma penal, ao passo que, havendo somente a subsunção legal, desacompanhada da tipicidade material, deve ela ser afastada, pois que estará o fato atingido pela atipicidade. De acordo com o entendimento majoritário, inclusive dos Tribunais Superiores, não se aplica o princípio em comento aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa (STJ: REsp 1.640.084/SP, DJe 01/02/2017; STF: RHC 133.043/MS, DJe 23/05/2016).

Alternativa “c”: não se confunde o conceito de crime de bagatela com infração penal de menor potencial ofensivo. No primeiro caso, afasta-se a tipicidade material, isto é, a conduta não atinge materialmente e de forma relevante o bem jurídico tutelado (nenhuma periculosidade da ação). Já no segundo, não há exclusão da tipicidade, tratando-se de figura criminosa que, embora em menor grau, impõe relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido (menor periculosidade da ação).

Alternativa “d”: embora tenha sido considerada incorreta a assertiva, este tema é controvertido. Há quem sustente que, se o fato é desprovido de tipicidade material, aplica-se o princípio da insignificância independentemente de circunstâncias de caráter subjetivo, pois desaparece o próprio fato criminoso (STF: HC181.389/SP, j. 14/04/2020). Há, todavia, aqueles que defendem a análise de aspectos relativos aos antecedentes e à vida pregressa do agente, pois, do contrário, estar-se-ia estimulando a habitualidade criminosa (STJ: AgRg no AREsp 1.612.423/MG, j. 10/03/2020).

Alternativa correta: letra “b”.

03. (Cespe – Procurador do Estado – PE/2009) A respeito dos princípios constitucionais penais, assinale a opção correta.

- a) Fere o princípio da legalidade, também conhecido por princípio da reserva legal, a criação de crimes e penas por meio de medida provisória.
- b) A lei penal mais favorável ao réu tem efeito extra ativo relativo, pois, apesar de ser aplicada a crimes ocorridos antes de sua vigência, não se aplica a crimes ocorridos durante a sua vigência caso seja posteriormente revogada.
- c) A responsabilidade pela indenização do prejuízo que foi causado pelo condenado ao cometer o crime não pode ser estendida aos seus herdeiros, sem que, com isso, seja violado o princípio da personalidade da pena.
- d) Em razão do princípio da presunção de inocência, não é possível haver prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado.
- e) No Brasil vige, de forma absoluta, o princípio da vedação à pena de morte, inexistindo exceções.

COMENTÁRIOS

Alternativa “a”: é inconstitucional a medida provisória que define tipo penal, pois, conforme dispõe o artigo 62, § 1º, alínea b, da Constituição Federal, é vedada a edição

de medida provisória que disponha sobre matéria relativa a direito penal. Vigora na seara penal o princípio da reserva legal, segundo o qual a expressão “lei” é compreendida no seu sentido estrito, abarcando tão somente a lei ordinária e a lei complementar. Há quem sustente, no entanto, que medida provisória pode dispor sobre matéria penal não incriminadora (causa extintiva da punibilidade, por exemplo).

Alternativa “b”: está errado. A lei penal mais benéfica tem efeito ultra-ativo, aplicando-se a fatos cometidos durante a sua vigência, mesmo após a sua revogação (evitando retroatividade maléfica da nova lei).

Alternativa “c”: está errado porque embora o artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, disponha que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, o mesmo dispositivo estabelece que certos efeitos da condenação (obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens) podem ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Alternativa “d”: está errada a assertiva porque a presunção de inocência não é absoluta e, diante de circunstâncias que indiquem a necessidade de encarceramento cautelar (art. 312 do Código de Processo Penal), é possível a prisão antes do trânsito em julgado da sentença.

Alternativa correta: letra “a”.

2. LEI PENAL

04. (PGE/PA – Procurador do Estado – PA/2009)

Assinale a alternativa CORRETA acerca da aplicação da lei penal:

- a) A lei penal em branco inversa ou ao avesso é aquela em que o preceito primário é completo, mas o secundário reclama complementação, que deve ser realizado obrigatoriamente por uma lei, sob pena de violação ao princípio da reserva legal.
- b) Pode ser aplicada, no Direito Penal, a analogia in malam partem, que é aquela pela qual se aplica ao caso omissio uma lei mais favorável ao réu.
- c) A combinação de leis penais (lex tertia), que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu, é admitida no Direito Penal brasileiro.
- d) No crime permanente em que a conduta tenha se iniciado durante a vigência de uma, e prossiga durante o império de outra mais severa, aplica-se a lei anterior mais benéfica.

COMENTÁRIOS

Alternativa “a”: a norma penal em branco ao revés (ou invertida) é aquela em que o complemento refere-se à sanção, preceito secundário, não ao conteúdo proibitivo (preceito primário). Exemplo: a Lei nº 2.889/56, que tipifica o crime de genocídio, não dispôs diretamente sobre a pena, fazendo, nesse ponto, expressa referência a outras normas. O complemento da norma penal em branco ao revés deverá, necessariamente, ser encontrado em lei.

(inspecionar os estabelecimentos e serviços penais, bem como supervisionar os patronatos) e, ainda, a incumbência de apresentar no 1º (primeiro) trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados no exercício anterior. Ressalte-se que esse rol não é taxativo, pois dentre os artigos da Lei de Execução Penal existem outras atividades atribuídas ao Conselho (ex.: arts. 137, 143, 144, 145, 146 etc.).

- Não existe previsão de remição pelo trabalho para quem cumpre a pena em regime aberto ou desfruta do livramento condicional.
- Para que seja possível a remição da pena pelo trabalho não basta a atividade esporádica, ocasional. Deve haver certeza de efetivo trabalho do condenado, bem como conhecimento dos dias trabalhados. Exige-se que a atividade seja ordenada, empresarial e, antes de mais nada, remunerada, garantidos ao sentenciado os benefícios da Previdência Social, com o fim de educar o preso, entendendo-se o presídio como verdadeira empresa.
- Síntese das disposições dos artigos 108 e 183 da Lei nº 7.210/84 no que concerne à superveniência de doença mental no condenado:

Art. 108 da LEP	Art. 183 da LEP
Aplicável no caso de anomalia passageira	Aplicável no caso de anomalia não passageira
A medida de segurança é reversível	A medida de segurança é irreversível
O tempo de internação é computado como de cumprimento de pena (deve observar o prazo da pena corporal imposta)	O tempo de internação não é computado como de cumprimento de pena, seguindo as regras dos arts. 96 e ss. do CP
Transcorrido o prazo de duração da pena sem o restabelecimento do internado, a pena deve ser considerada extinta pelo seu cumprimento.	Deve o juiz fixar prazo mínimo de internação, variando de 1 a 3 anos (art. 97, § 1º, CP).

- O excesso e o desvio de execução não se confundem. Mirabete, lembrando as lições de Renan Severo Teixeira da Cunha, explica: “o excesso está carregado de conteúdo quantitativo e o desvio está carregado de conteúdo qualitativo. Assim ocorre o primeiro quando, por exemplo, a autoridade administrativa ultrapassa, em quantidade, a punição, fazendo com que o condenado cumpra uma sanção administrativa além do limite fixada na lei, enquanto existirá o desvio quando ela se afasta dos parâmetros legais estabelecidos, como por exemplo, manter o condenado em um regime quando já faz jus a outro. Além disso, é de notar-se que o excesso só ocorre com a violação de direito do sentenciado, enquanto o desvio pode ser que seja ele beneficiado. Há desvio, por exemplo, quando se concede permissão de saída em hipótese não prevista, se dispensa injustificadamente o condenado do trabalho prisional, não se instaura o procedimento disciplinar após a prática da falta etc.” (*Execução Penal*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000).

- O exame criminológico, usado para individualizar determinadas execuções envolvendo fatos mais graves e/ou presos rotulados como perigosos, serve, não raras vezes, para orientar o magistrado nos incidentes de progressão e livramento condicional, não se confundindo com o exame de classificação tratado no artigo 5º da Lei nº 7.210/84. Vejamos, em resumo, as diferenças no quadro abaixo:

EXAME DE CLASSIFICAÇÃO	EXAME CRIMINOLÓGICO
Ampla e genérico	Específico
orienta o modo de cumprimento da pena., guia seguro visando a ressocialização.	busca construir um prognóstico de periculosidade – temibilidade – do reeducando, partindo do binômio delito-delinquente.
envolve aspectos relacionados à personalidade do condenado, seus antecedentes, sua vida familiar e social, sua capacidade laborativa.	envolve a parte psicológica e psiquiátrica, atestando a maturidade do condenado, sua disciplina e capacidade de suportar frustrações (prognóstico criminológico).

- O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 CF/88). Dentro desse espírito, determina o art. 67 a obrigatória intervenção do Ministério Público na fase da execução da pena e da medida de segurança, fiscalizando e intervindo nos procedimentos judiciais (recorrendo, requerendo etc.).
- Nos termos do que disposto no art. 196 da LEP, o Ministério Público tem o prazo de 3 (três) dias para manifestação nos autos de execução, quando não figure como requerente da medida.
- A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) inseriu no art. 52 da Lei de Execução Penal o § 3º para dispor que se houver indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em dois ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal. Note-se que a mesma lei inseriu no art. 52 o § 1º, o qual dispõe que, além da situação disciplinada no *caput*, o regime disciplinar diferenciado é aplicado aos presos provisórios ou condenados (a) que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; ou (b) sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.
- O STF decidiu, na execução das reprimendas aplicadas na ação penal 470, que o pagamento da pena de multa é necessário para o deferimento da progressão de regime. Não se trata, destacamos, de aplicar

a norma estabelecida no art. 33, § 4º, do Código Penal, segundo a qual o condenado por crime contra a administração pública tem a progressão de regime condicionada à reparação do dano que causou ou à devolução do produto do ilícito praticado. O tribunal decidiu, efetivamente, sobre a pena de multa, o que, com a devida vênia, não nos parece adequado, pois desvirtua o propósito da Lei 9.268/96, que modificou o tratamento conferido à pena de multa ao vedar sua conversão em privativa de liberdade no caso de não pagamento. Se a inadiplência impede que se decrete a prisão, é certo que não pode impedir a progressão de regime, em cujos requisitos, de resto, não se inclui o adimplemento da pena pecuniária.

- Ainda no tocante à pena de multa, o STF estabeleceu que, em virtude da natureza de sanção penal – não alterada pela Lei 9.268/96 –, cabe ao Ministério Público promover a execução na própria Vara de Execuções Penais. O tribunal apreciou conjuntamente a ADI 3150 e uma questão de ordem na Ação Penal 470. A ação direta de inconstitucionalidade havia sido ajuizada pelo Procurador-Geral da República para que o tribunal conferisse interpretação conforme ao art. 51 do Código Penal e estabelecesse a legitimidade do Ministério Público e a competência da Vara de Execuções Penais para a execução da pena de multa. Já na questão de ordem questionava-se decisão do ministro Barroso, que havia estabelecido, com base no art. 164 da LEP, a legitimidade do Ministério Público para executar multa imposta na AP 470, mas a União sustentava que a Lei 9.268/96 havia revogado tacitamente o disposto na Lei de Execução Penal, razão por que caberia à Procuradoria da Fazenda Nacional executar a sanção imposta naquela condenação. Segundo o ministro Barroso – que foi acompanhado pela maioria –, a alteração promovida pela Lei 9.268/96 não alterou a natureza da pena de multa, que continuou a ser uma espécie de sanção penal, tanto que na própria AP 470 o STF impôs o pagamento da multa como condição para a progressão de regime. O art. 164 da LEP, portanto, continua em vigor e é claro ao estabelecer a legitimidade do Ministério Público, a quem cabe a fiscalização da execução penal. Para adequar o texto legal à decisão do STF, a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) alterou a redação do art. 51 do CP, que passou a prever expressamente a competência do juízo da execução penal, no qual, evidentemente, deve atuar o Ministério Público. Aboliu-se a legitimidade subsidiária da procuradoria da Fazenda Pública.
- Na esteira da decisão proferida pelo STF na ADI 3150, o STJ modificou sua orientação e concluiu que o inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade: “A Terceira Seção desta Corte Superior, sob a égide dos recursos repetitivos, firmou posicionamento no sentido de que, uma vez extinta, pelo seu cumprimento,

a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direitos que a substituir, o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do apenado, porquanto, após a nova redação dada ao art. 51 do Código Penal, pela Lei n. 9.268/1996, a pena pecuniária passou a ser considerada dívida de valor, adquirindo caráter extrapenal. Porém, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 3.150/DF, declarou que, à luz do preceito estabelecido pelo inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições (perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos), é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo sua natureza de sanção penal. Em recente julgado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça já alterou o entendimento sobre a matéria, acompanhando a Corte Suprema. Dessarte, as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade são dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário. Assim, não se pode mais declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o pagamento da multa criminal” (AgRg no REsp 1.850.903/SP, j. 28/04/2020).

- Em razão do cometimento de falta grave, segundo o STJ, é obrigatória a perda dos dias remidos, cabendo ao magistrado apenas o juízo discricionário a respeito da fração da perda (AgRg no REsp 1.430.097/PR, DJe 6/4/2015).
- Admite-se, de acordo com o STJ, a remição de pena quando o condenado em regime fechado ou semiaberto desempenha atividade laborativa extramuros, pois o art. 126, *caput* e § 1º, inciso I, da Lei 7.210/84, não faz distinção a respeito do local em que o trabalho é exercido (súmula 562).
- Considerando que o art. 126 da Lei nº 7.210/84, que disciplina a remição pelo trabalho e pelo estudo, tem o propósito de garantir a ressocialização do condenado, e tendo ainda em vista o fato de que não é imprescindível que a atividade desempenhada esteja expressa na lei para garantir a remição, o STJ considera possível o benefício em decorrência da leitura e da resenha de livros (HC 413.501/SP, j. 26/06/2018).
- Também decidiu o STJ, por analogia *in bonam partem*, que o desempenho de atividade musical pelo preso atende ao propósito de ressocialização tanto porque promove uma formação profissional quanto porque proporciona ao condenado um aprimoramento cultural, que pode ser um fator a contribuir para sua reinserção social (REsp 1.666.637/ES, j. 26/09/2017).
- O STJ já admitiu a remição pelo estudo desempenhado por meio de cursos do Instituto Universal Brasileiro, seguindo a tendência de promover a abreviação da pena por meio da analogia *in*

- bonam partem*. O ministro Reynaldo Soares da Fonseca fez referência ao parecer emitido pelo Ministério Público, segundo o qual “A LEP não exige fiscalização por parte do estabelecimento prisional - óbice apontado pelo Juízo de 1º grau ao deferimento da remição. Exige, como acima mencionado, a certificação pela autoridade educacional competente do curso frequentado”. Desta forma, apresentados os certificados de conclusão do curso, deferiu-se a remição (HC 418.309/SP, j. 20/02/2018).
- De acordo com o que decidiu o STJ, a remição pelo trabalho beneficia o condenado mesmo na situação em que a atividade laborativa efetivamente desempenhada o tenha sido sem autorização do juízo ou da direção do estabelecimento prisional (HC 346.948/RS, DJe 29/6/2016).
 - O art. 127 da Lei de Execução Penal determina a perda de até 1/3 dos dias remidos em caso de falta grave. De acordo com o STJ, a especial gravidade da falta cometida pode justificar a perda na fração máxima (HC 394.884/SC, DJe 23/05/2017).
 - Se o agente cumpre pena privativa de liberdade e, no curso da execução, é submetido a medida de segurança em virtude de sentença absolutória imprópria proferida em decorrência de outro fato, não se impõe, segundo o STJ, a conversão em medida de segurança da pena que vinha sendo cumprida. De acordo com o tribunal, é possível, sem ofensa ao sistema vicariante, o cumprimento simultâneo das sanções decorrentes de fatos diversos (HC 275.635/SP, DJe 15/3/2016).
 - De acordo com o STJ, o período compreendido entre a publicação do decreto e a decisão que concede o indulto pleno não é abarcado pela extinção da punibilidade, ou seja, deve ser utilizado para a liquidação de novas execuções penais. De acordo com o tribunal, o “indulto não é aplicado de forma automática. Necessita, assim, de um procedimento judicial em que o juiz da execução irá avaliar se o apenado preenche, ou não, os requisitos insculpidos no decreto presidencial. Embora haja doutrina que defenda ser meramente declaratória a decisão concessiva de indulto, os decretos presidenciais, em geral, possuem condições objetivas e subjetivas que necessitam de avaliação judicial. Nessa medida, esse trâmite processual certamente levará um espaço de tempo para ser cumprido, o que afasta a possibilidade de publicação do decreto concessivo do benefício em um dia e, já no dia seguinte, a sua aplicação no caso concreto” (REsp 1.557.408/DF, DJe 24/2/2016).
 - A comutação de penas deve ser negada se o apenado tiver praticado falta disciplinar de natureza grave nos doze meses anteriores à publicação do Decreto de indulto, mesmo que a respectiva decisão homologatória tenha sido proferida posteriormente (STJ - EREsp 1.549.544/RS, DJe 30/9/2016).
 - Tendo em vista que os requisitos gerais para a concessão do indulto são estabelecidos no próprio decreto presidencial, pois fazem parte da competência privativa do presidente da República, só é possível negar o benefício se o condenado não atender às disposições estritas do decreto. Em razão disso, o STJ decidiu que se o ato de concessão não estabelece que o indulto é incabível se, em algum momento da execução penal, o condenado teve o livramento condicional revogado por descumprir algum dos requisitos, não é possível negar o benefício com esse fundamento (AgRg no HC 537.982/DF, j. 13/04/2020).
 - Considerou-se que a decisão do juiz da execução que simplesmente indefere o pedido para retirada do equipamento de monitoramento eletrônico, sem justificar a necessidade da manutenção da vigilância, é ilegal. Não é possível manter a medida com a simples alegação de que se trata da melhor forma de fiscalizar o agente que exerce trabalho externo, sem esclarecimentos acerca do caso concreto (STJ - HC 351.273/CE, DJe 09/02/2017).
 - Segundo tem decidido o STJ, a violação de equipamento de monitoramento eletrônico imposto ao condenado caracteriza falta grave e autoriza a regressão de regime, pois a manutenção do aparelho junto ao corpo do agente é ordem à qual se vincula a liberdade vigiada, e, uma vez descumprida a determinação, viola-se o disposto no art. 39, incs. II e IV, da LEP (HC 460.440/RS, j. 18/09/2018). A violação do perímetro permitido para deslocamento também caracteriza falta disciplinar (AgRg no HC 509.270/SP, j. 17/11/2020).
 - Também caracteriza falta grave a posse de droga para uso próprio no interior do estabelecimento prisional: “Apesar de o tipo não mais cominar pena privativa de liberdade, não houve descriminalização da conduta prevista no art. 28 da Lei n. 1.343/2006. Assim, a teor dos precedentes desta Corte, a posse de drogas no curso da execução, ainda que para uso próprio, constitui falta grave, nos moldes do art. 52 da LEP, pois o preso que pratica fato previsto como crime doloso durante o resgate das penas não demonstra comportamento adequado, apto a atrair os benefícios do sistema progressivo” (STJ: AgRg no HC 528.947/DF, j. 26/11/2019).
 - O STJ também decidiu que a data-base para a progressão de regime é aquela em que cumpridos os requisitos. Com isso, o tribunal não só adequou seu entendimento ao do STF como também passou a adotar a mesma regra que já aplicava para a incidência dos efeitos das faltas graves: o dia do cometimento da falta, não da publicação da decisão que a reconhecia (HC 369.774/RS, DJe 07/12/2016).
 - A disciplina da progressão de regime foi radicalmente alterada pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime). Vejamos, a seguir, as diferenças entre as redações do art. 112 da Lei de Execução Penal:

Redação antes da Lei 13.964/19_Redação depois da Lei 13.964/19_Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

§ 7º (VETADO).

- Discute-se se o inc. VII do art. 112 abrange somente a reincidência específica em crime hediondo ou equiparado. Temos corrente lecionando que, na verdade, o inciso em comento não cuida da reincidência específica. Sendo o reeducando reincidente, específico ou não, cumprindo pena por crime hediondo ou equiparado, deve observar a porcentagem de 60%. O STJ, contudo, já se posicionou em sentido diverso. Se a condenação anterior não for por crime hediondo ou equiparado, não se aplica o disposto no inc. VII. Isso porque o revogado § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 dispunha que a progressão era permitida “após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”. A redação inc. VII, no entanto, permite a progressão se cumpridos “60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado”. Nota-se que, atualmente, a lei pressupõe a reincidência específica, antes dispensada (HC 605.783/SP, Rel. Nefi Cordeiro, j. 13/10/2020). O tribunal também tem decidido que se o agente é reincidente e deve cumprir mais de uma pena simultaneamente, a porcentagem maior incide sobre toda a pena unificada (HC 583.751/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/06/2020).
- A condenada gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência pode se submeter a regras específicas de progressão. São requisitos cumulativos para a progressão especial: I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III – ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V – não ter integrado organização criminosa. Há quem sustente que a expressão “organização criminosa” não se refere especificamente à definição da Lei 12.850/13, estendendo-se a qualquer forma de sociedade delitiva, como a associação criminosa (art. 288 do CP) e a associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06). O STJ, contudo, afastou essa possibilidade no caso de uma condenada por associação para o tráfico que pleiteara a progressão de regime sob as regras especiais e teve negado o benefício sob o argumento de que “organização criminosa” é uma expressão genérica que abrangeria outros crimes além daquele tipificado na lei especial. Segundo o tribunal, a expressão tem definição jurídica própria e, na qualidade de norma híbrida, ligada ao *status libertatis*, o inciso V deve ser interpretado de forma restritiva, e não ampliata (HC 522.651/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/08/2020).
- O STJ tem decidido que o condenado por tráfico privilegiado pode ser beneficiado pelo indulto, tendo em vista que esta modalidade do crime não é hedionda: “Nos termos do precedente jurisprudencial da Sexta Turma do STJ, [e]mbora a conduta delituosa do agente que é beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 continue sendo a de tráfico de drogas (haja vista que o § 4º não prevê uma nova conduta típica ou um tipo penal autônomo, mas tão somente uma causa especial de diminuição de pena), é possível favorecê-lo com a concessão de graça ou anistia (e, consequentemente, de indulto), por não existir, em sua conduta, o caráter de acentuado grau de reprovabilidade que é inerente aos crimes hediondos e aos a eles equiparados’ (HC 411.328/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 09/10/2017)” (HC 458.735/MG, j. 04/10/2018). Note-se que, para afastar definitivamente qualquer controvérsia no âmbito da progressão de regime, o legislador inseriu na LEP disposição expressa no sentido de que o tráfico privilegiado não é considerado hediondo (art. 112, § 5º, com redação dada pela Lei 13.964/19).
- O STF decidiu ser legítima a decisão judicial que estabelece calendário anual para a concessão de saídas temporárias (HC 130.502/RJ, 21/06/2016).
- Pode ser negado o indulto por falta grave cometida antes da edição do Decreto, ainda que a homologação judicial da falta disciplinar tenha ocorrido depois (STF - RHC 133.443/SC, j. 04/10/2016).
- A contagem do prazo da saída temporária é feita em dias, não em horas, razão pela qual o STF denegou a ordem em *habeas corpus* em que se pretendia a liberação do condenado à 00h do primeiro dia, não às 12h, sob o pretexto de que a liberação tardia prejudicaria a completa fruição do benefício (HC 130.883/SC, j. 31/05/2016).
- Não há constrangimento ilegal se, não obstante esteja em estabelecimento prisional caracterizado pelo maior rigor, o condenado está apartado dos outros presos, em ala adaptada para o regime legalmente determinado e se está sendo submetido às regras específicas desse regime (STF - Reclamação 25.123/SC, j. 18/04/2017).
- Julgando o *habeas corpus* 406.258/SP (j. 08/02/2018), o STJ afastou a alegação de constrangimento ilegal em virtude da determinação de exame criminológico para que um condenado progredisse do regime fechado ao semiaberto. No caso, o agente havia sido condenado a dezessete anos de reclusão por receptação, roubo e extorsão mediante sequestro com comprovado emprego de violência. Argumentou-se que a longa pena a ser cumprida e a extensa folha de antecedentes justificavam a imposição de critérios mais rígidos para a progressão de regime, baseada, não nos custos recordar, na capacidade demonstrada pelo condenado de se reintegrar à sociedade. Diante de crimes graves cometidos por agentes com histórico criminoso, há de ser adotadas certas precauções para evitar a soltura (ainda que progressiva) de indivíduos que não têm disposição de viver de acordo com a lei.
- Para o STJ, a maior liberdade de movimentação característica do regime semiaberto não significa

que o condenado pode ir aonde quiser. Embora as restrições sejam menores e as regras de disciplina devam ser menos rígidas, trata-se do cumprimento de pena em regime de liberdade ainda restrita, que deve ser disciplinada pelas autoridades da execução penal. Por essa razão, o tribunal negou *habeas corpus* que tratava da situação na qual um condenado a 59 (cinquenta e nove) anos de reclusão, logo após progredir para o regime semiaberto, pediu para realizar visitas periódicas à sua família, mas os juízos da execução e de segunda instância haviam indeferido o pleito sob o argumento de que a progressão ainda era recente e que os benefícios compatíveis com o regime semiaberto deveriam ser concedidos gradativamente, conforme o agente demonstrasse aptidão (AglInt no HC nº 410.342/RJ, DJe 04/12/2017).

- O STJ considerou válida a proibição de visitas de um preso por parte de sua companheira, condenada por tráfico de drogas justamente porque havia tentado ingressar no presídio, num dia de visitação, com noventa e um gramas de maconha. Na decisão, a Sexta Turma do STJ reconheceu a existência de divergência, no âmbito do próprio tribunal, a respeito da possibilidade de proibição de visitas em situações semelhantes. Pontuou-se, no entanto, que as divergências não correspondem à possibilidade abstrata de restringir o direito à visitação, mas dizem respeito à análise dos casos concretos, no quais foram consideradas as circunstâncias para concluir pela possibilidade ou pela impossibilidade de restrição (REsp 1.690.426/DF, j 10/10/2017).
- É possível que, por falha pessoal ou devido à falta de documentos comprobatórios, o juiz deixe de reconhecer a reincidência na sentença condenatória, que transita em julgado e dá ensejo ao início da execução da pena sem que esta importante característica pessoal seja revelada no processo de conhecimento. Mas nada impede que, já no processo de execução da pena, o juiz tome ciência de que o condenado é reincidente. É certo que a sentença condenatória não pode ser corrigida pelo juiz da execução no tocante à quantidade da pena e à forma inicial de execução. Se o juiz que impõe a condenação não aumenta a pena nem estabelece o regime inicial adequado devido a algum equívoco na identificação da reincidência, cabe ao Ministério Público interpor recurso de apelação para a reforma da sentença. Uma vez certificado o trânsito em julgado, não é possível que o órgão de execução refaça o processo trifásico para agravar a pena, nem tampouco que corrija o regime inicial. Ocorre que a reincidência também tem efeitos na execução. O livramento condicional, por exemplo, é concedido após o cumprimento de determinada fração da pena, e esta fração varia conforme o condenado seja primário ou reincidente. Desde a edição da Lei 13.964/19, as regras relativas à progressão de

regime também são profundamente influenciadas pela reincidência (art. 112, incisos I a VIII, da LEP), embora já o fossem, em certa medida, mesmo antes da alteração legal, nos casos de crimes hediondos ou equiparados. Nestes casos, havia certa divergência a respeito da possibilidade de o juiz da execução invocar a reincidência não reconhecida na sentença condenatória. No julgamento do EREsp 1.738.968/MG (j. 27/11/2019), a Terceira Seção do STJ decidiu que o procedimento é legal: “A Terceira Seção do STJ, em apreciação aos embargos de divergência, pacificou o entendimento que encontrava dissonância no âmbito das turmas de direito penal sobre o momento da individualização da pena. Decidiu o acórdão embargado, da Quinta Turma, que a reincidência que não esteja expressamente reconhecida no édito condenatório não pode ser proclamada pelo juiz da execução, sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da *non reformatio in pejus*. O acórdão paradigma, da Sexta Turma, por sua vez, entendeu que as condições pessoais do paciente, como a reincidência, devem ser observadas pelo juízo da execução para concessão de benefícios. Tratando-se de sentença penal condenatória, o juízo da execução deve se ater ao teor do referido *decisum*, no que diz respeito ao *quantum* de pena, ao regime inicial, bem como ao fato de ter sido a pena privativa de liberdade substituída ou não por restritiva de direitos, fatores que evidenciam justamente o comando emergente da sentença. Todavia, as condições pessoais do réu, da qual é exemplo a reincidência, devem ser observadas na execução da pena, independente de tal condição ter sido considerada na sentença condenatória, eis que também é atribuição do juízo da execução individualizar a pena. Como se sabe, a individualização da pena se realiza, essencialmente, em três momentos: na cominação da pena em abstrato ao tipo legal, pelo Legislador; na sentença penal condenatória, pelo Juízo de conhecimento; e na execução penal, pelo Juízo das Execuções. Esse entendimento, a propósito, tem sido convalidado pelo Supremo Tribunal Federal, para o qual o ‘reconhecimento da circunstância legal agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), para fins de agravamento da pena do réu, incumbe ao juiz natural do processo de conhecimento. De outro lado, a aferição dessa condição pessoal para fins de concessão de benefícios da execução penal compete ao juiz da Vara das Execuções Penais. Trata-se, portanto, de tarefas distintas. Nada obsta a ponderação da reincidência no âmbito da execução penal do reeducando, ainda que não lhe tenha sido agravada a pena por esse fundamento, quando da prolação da sentença condenatória”.

- A prisão domiciliar prevista no art. 117 da Lei de Execução Penal não se confunde com aquelas tratadas nos artigos 318 e 318-A do CPP:

	Prisão domiciliar	
	Art. 117 LEP:	Arts. 318 e 318-A CPP:
Natureza Jurídica	Substitui casa do albergado (regime aberto), não substituindo penitenciária (regime fechado) ou colônia agrícola, industrial ou similar (regime semia-aberto).	Substitui prisão preventiva.
	Prisão penal.	Medida cautelar.
Hipóteses de Cabimento	Condenado maior de 70 anos (não foi alterado pelo Estatuto do Idoso).	Maior de 80 anos.
	Condenado acometido de doença grave (doença cujo tratamento fica difícil ou impossível no sistema penitenciário). O STF entendeu que o HIV por si só não é doença grave.	Extremamente debilitado por doença grave.
		Imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência.
	Condenada gestante.	Gestante.
	Condenada com filho menor ou deficiente. Obs.: em face do art. 5º, I, CF (isonomia do homem com a mulher), o art. 117, III da LEP também será aplicado ao sentenciado do sexo masculino, desde que comprove a dependência do filho.	Mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.
		Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.
Atenção	De acordo com o STJ, admite-se a concessão da prisão domiciliar quando o sentenciado se encontra cumprindo pena em estabelecimento destinado ao regime mais rigoroso, por inexistência de vaga, situações que poderiam resultar em desvio de execução.	
	O condenado beneficiado pelo art. 117 da LEP pode ser obrigado ao uso de aparelho que permita sua monitoração eletrônica (art. 146-B, IV da LEP).	O preso provisório em regime domiciliar também pode ser obrigado a usar aparelho de monitoração eletrônica (art. 319, IX do CPP).

- O crime de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei nº 7.492/86) é formal, consumando-se independentemente de prejuízo ao patrimônio da instituição financeira ou dos investidores (STJ: AgRg no AREsp 926.372/SP, DJe 02/02/2017).
- Se o agente, com o intuito de enganar representante de instituição bancária para obter financiamento, apresenta documento falso ou comete outro tipo de fraude, pode se caracterizar o crime do art. 19 da Lei nº 7.492/86. Há o crime contra o sistema financeiro – de competência da Justiça Federal – se os recursos obtidos no financiamento tiverem destinação específica, diferenciando-se assim do mútuo realizado a título pessoal (STJ: CC 151.188/SP, DJe 23/06/2017).
- A caracterização do crime de gestão fraudulenta não depende de oferecimento ou negociação de títulos fraudulentos (art. 7º da Lei nº 7.492/86). Por isso, a absolvição do agente quanto a este último delito não impede sua condenação pelo primeiro (STJ: HC 285.587/SP, DJe 28/03/2017).
- Para a tipificação da conduta de gestão fraudulenta de instituição financeira, a operadora de plano de

saúde não se equipara à empresa que se constitui sob a forma de seguradora (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 7.492/86). Embora seja possível que empresas que operam planos de saúde sejam equiparadas a instituições financeiras, isso só ocorre se sua constituição se der na forma de seguradoras especializadas nesse seguro. Ocorre que empresas operadoras de planos de saúde podem assumir as mais diversas naturezas constitutivas, como cooperativas, sociedades simples, sociedades empresárias ou entidades de autogestão. É analogia *in malam partem* equiparar estas últimas a instituições financeiras (STJ: CC 148.110/MG, j. 23/11/2016).

- O art. 21 da Lei nº 7.492/86 pune as condutas de atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para realização de operação de câmbio. No julgamento do REsp 1.595.546/PR (j. 02/05/2017) o STJ decidiu que o crime se caracteriza inclusive quando o agente determina que terceira pessoa realize a operação de câmbio em seu lugar, ainda que esta pessoa não se apresente com identidade falsa. Considerou-se que a utilização dos denominados “laranjas” caracteriza o crime porque as operações

são realizadas nessas circunstâncias para ocultar o verdadeiro titular das moedas cambiadas e, com isso, impedir sua identificação e a efetiva fiscalização das movimentações no mercado de câmbio.

- A respeito dos crimes contra o sistema financeiro, Guilherme de Souza Nucci aponta uma inconsistência no art. 23 da Lei nº 7.492/86: “O tipo não deixa de se apresentar contraditório, ao misturar condutas basicamente omissivas (omitir e retardar) com outra, comissiva, afirmando dever a atuação ou inação ser *contrária à disposição expressa de lei*. Ora, é razoável que o funcionário possa deixar de fazer o que deveria ou atrasar o que não poderia, *contra o disposto em lei*; porém, torna-se bem mais difícil imaginar que o funcionário *pratique* ato de ofício necessário ao regular funcionamento do sistema financeiro e para a preservação dos interesses e valores da ordem econômico-financeira *contra a lei*. Se está realizando ato para preservar o regular funcionamento do sistema financeiro, não teria sentido *agir contra a lei*, a menos que se deduza ser esta um fator de instabilidade contra o sistema financeiro” (*Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, p. 1116).
- Quanto aos delitos envolvendo preconceito de raça ou de cor, é preciso ressaltar que a qualificadora da injúria preconceituosa não se confunde com racismo previsto na Lei nº 7.716/89. Neste, pressupõe-se sempre uma espécie de segregação (marginalizar, pôr à margem de uma sociedade) em função da raça ou da cor. No caso do § 3º do art. 140, o crime é praticado através de xingamentos envolvendo a raça, cor, etnia, religião ou origem da vítima. A diferença tem relevância e repercussão prática. *Xingar* alguém fazendo referências à sua cor é injúria, crime de *ação penal pública condicionada à representação, afiançável e prescritível*; *impedir* alguém de ingressar numa festa por causa da sua cor é racismo, cuja pena será perseguida mediante *ação penal pública incondicionada, inafiançável e imprescritível*.
- A Lei nº 13.441/17 inseriu no Estatuto da Criança e do Adolescente os artigos 190-A, B, C, D e E para dispor a respeito da infiltração virtual de agentes policiais com a finalidade de investigar delitos relativos à dignidade sexual de crianças e adolescentes, cujos atos de execução, ou mesmo preparatórios, sejam cometidos pela internet. Dentre as disposições, podemos destacar:
 - a) Os crimes cuja investigação enseja a infiltração virtual são aqueles relativos à pornografia envolvendo crianças e adolescentes, abrangendo-se todas as formas tipificadas na Lei nº 8.069/90, ou seja, a produção e a distribuição do material, a aquisição e o armazenamento, a simulação da participação em cenas de sexo explícito e o aliciamento para praticar ato libidinoso com criança. Além disso, permite-se a infiltração virtual para investigar os crimes de invasão de dispositivo informático, estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.
 - b) Tal como ocorre nas demais formas de infiltração, a virtual pressupõe autorização judicial e oitiva do Ministério Público.
 - c) O prazo a priori estabelecido para a infiltração é de noventa dias. Isso constitui apenas um parâmetro inicial, nada impedindo, como prevê o texto legal, que prorrogações ocorram na medida em que se revelarem necessárias à elucidação dos fatos, desde que o total não exceda a setecentos e vinte dias.
 - d) A necessidade da infiltração deve ser demonstrada, pois se trata de uma espécie de *ultima ratio* dos meios de investigação, ou seja, é uma forma de apuração de crimes da qual se deve lançar mão apenas quando imprescindível, se não houver nada tão ou mais eficiente. Nessa esteira, o § 3º do art. 190-A é expresso no sentido de que a infiltração não será deferida se a prova dos crimes de que trata o *caput* puder ser obtida por outros meios.
 - e) O art. 190-C estabelece uma causa de atipicidade em favor do agente que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes de que trata o *caput* do art. 190-A. Dessa forma, com a finalidade de identificar determinado criminoso e de comprovar que se trata de alguém que armazena e transmite imagens pornográficas de crianças e adolescentes para posteriormente submetê-los a prostituição ou outra forma de exploração sexual, o agente infiltrado pode receber tais imagens, pode armazená-las para posteriormente juntá-las ao relatório da investigação, como também pode transmiti-las caso seja necessário para não dispersar a confiança dos criminosos investigados. O mesmo pode ser dito de produções pornográficas envolvendo crianças e adolescentes: se o agente policial registra, com finalidade probatória, algo que está sendo transmitido via internet não há crime de sua parte. Se, no entanto, o agente infiltrado, além de lidar com essas imagens, decidir encontrar uma criança ou um adolescente com a finalidade de praticar atos libidinosos, ainda que sob o pretexto da investigação, parece óbvia a caracterização do excesso punível.
- O STJ há muito firmou a orientação de que as medidas socioeducativas podem ser executadas ainda que sobrevenha a maioridade. Para afastar definitivamente qualquer controvérsia, a Terceira Seção do tribunal aprovou a súmula 605, segundo a qual “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”. É possível, no entanto, que o juiz fundamente a inocuidade da medida socioeducativa porque o agente, já maior

de idade, continua a cometer crimes e está preso preventivamente: “Inicialmente, destaque-se que a Lei n. 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE, estabelece no art. 46, § 1º, o seguinte: ‘no caso de o maior de 18 (dezoito) anos, em cumprimento de medida socioeducativa, responder a processo-crime, caberá à autoridade judiciária decidir sobre eventual extinção da execução, cientificando da decisão o juízo criminal competente’. No caso, o juízo de piso fundamentou a extinção da medida no fato de o adolescente ter alcançado a maioridade penal e na existência de novo fato delituoso enquanto estava em liberdade, entendendo o magistrado que não restam objetivos pedagógicos na presente execução de medida socioeducativa. Não se verifica manifesta ilegalidade na decisão, visto que a extinção da medida socioeducativa pela superveniência de processo-crime após adolescente completar 18 anos de idade constitui uma faculdade, devendo o julgador fundamentar sua decisão, nos termos do art. 46, §1º, da Lei n. 12.594/2012. Desse modo, o juízo da execução da medida de internação fundamentou validamente a desnecessidade dessa medida, porque já não mais cumpre a finalidade socioeducativa, pois o paciente com 20 anos de idade continua praticando delitos e encontra-se preso preventivamente. Ademais, a finalidade das medidas previstas no Estatuto da Criança e Adolescente é distinta da pena por prática criminosa, pois enquanto aquela visa educar e socializar o adolescente, esta visa retribuir e reprimir condutas delituosas” (HC 551.319/RS, j. 12/05/2020).

- A prescrição também atinge os atos infracionais, como dispõe a súmula 338 do STJ. Aplicam-se analogicamente as disposições do Código Penal, inclusive o art. 115, que diminui de metade o prazo devido à idade do autor na data do fato. Abstratamente, considera-se o prazo máximo da medida socioeducativa de internação – que é de três anos – face ao disposto no art. 109, inc. IV, do Código Penal, que impõe prazo de oito anos, diminuído de metade em virtude da regra do art. 115, resultando, portanto, em quatro anos. Dá-se o mesmo se imposta medida socioeducativa por prazo indeterminado, como tem reiterado o STJ: [...] Diante disso, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, uma vez aplicada medida socioeducativa sem termo final, deve ser considerado o período máximo de 3 anos de duração da medida de internação para o cálculo do prazo prescricional da pretensão socioeducativa, e não o tempo da medida, que poderá efetivamente ser cumprida até que o envolvido complete 21 anos de idade” (AgRg no REsp 1.856.028/SC, j. 12/05/2020). No caso de medida socioeducativa com prazo certo, aplica-se a mesma regra geral, mas agora se considera o tempo da medida efetivamente imposta: “Imposta medida a medida liberdade assistida pelo prazo de seis meses, em sentença transitada em julgado, o lapso prescricional é de 1 (um) ano e 6 (seis), a teor do disposto no art. 109, inciso VI, c.c. art. 115, ambos do Código Penal. Este período transcorreu

sem notícia do início do cumprimento da medida pelo adolescente, motivo pelo qual, sem a ocorrência de causas interruptivas, há de se reconhecer a extinção da pretensão socioeducativa” (AgRg no AREsp 1.219.149/SP, j. 10/04/2018).

- A figura criminosa do art. 231 da Lei nº 8.069/90 não se confunde com a anterior. Naquela se pune quem efetua a indevida apreensão do menor, ao passo que nesta a apreensão é regular, pois que deriva de uma situação de flagrância, mas a autoridade se omite no dever de informar a ocorrência ao magistrado e à família do apreendido ou à pessoa indicada por ele.
- O art. 232 da Lei nº 8.069/90 pune a conduta de submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento. O dispositivo da lei especial prevalece quando se tratar de fato praticado por agente do Estado, cuja conduta é tipificada no art. 13, inc. II, da Lei 13.869/19.
- O tipo do art. 234 da Lei nº 8.069/90 contém um elemento normativo consistente na imediatidade da liberação. O termo *imediata* contido no dispositivo comporta valoração, sendo certo que, em se tratando de privação da liberdade, a interpretação deve se render à literalidade, ou seja, a liberação deve ocorrer no exato momento em que a autoridade tem conhecimento da ilegalidade.
- No art. 237 da Lei nº 8.069/90, a subtração de criança ou adolescente pode ocorrer tanto na hipótese em que a guarda é estabelecida em virtude de lei (no caso dos pais, por exemplo) como naquela situação em que a guarda decorre de ordem judicial (no caso de suspensão do poder familiar). Dessa forma, a depender da situação jurídica que sustenta a guarda, até mesmo os pais destituídos do poder familiar podem praticar o crime.
- Note-se que o legislador não incluiu como sujeito passivo no art. 241-D da Lei nº 8.069/90 o adolescente, o que, para alguns, se justifica em razão do maior discernimento de que este normalmente dispõe para evitar a ação do agente. Não bastasse, não são todos os casos de contato sexual com menores de idade que configuram, por si sós, crime contra a liberdade sexual, pois quando maior de catorze anos não incide o tipo penal do artigo 217-A do Código Penal.
- Segundo o STJ, em regra não há automática consunção quando entre o armazenamento e o compartilhamento de material pornográfico infanto-juvenil. As condutas se adequam a tipos penais diversos (art. 241-A e 241-B), e, no julgamento do REsp 1.579.578/PR (j. 04/02/2020), o tribunal decidiu só é possível afirmar que um crime é apenas uma fase para o cometimento de outro se, no caso concreto, houver estreita ligação entre as condutas: “Via de regra, não há automática consunção quando ocorrem armazenamento e compartilhamento de material pornográfico infanto-juvenil. Deveras, o cometimento de um dos crimes não perpassa, necessariamente, pela prática do outro, mas é possível a absorção, a depender das peculiaridades

de cada caso, quando as duas condutas guardem, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculadas. O princípio da consunção exige um nexo de dependência entre a sucessão de fatos. Se evidenciado pelo caderno probatório que um dos crimes é absolutamente autônomo, sem relação de subordinação com o outro, o réu deverá responder por ambos, em concurso material”.

- No julgamento do REsp 1.579.578/PR (j. 04/02/2020), relativo a crimes de armazenar e compartilhar material com pornografia infantil, o STJ descartou o aumento da pena-base em razão da personalidade ou da conduta social de um condenado que, segundo o apurado, demonstrava “grande interesse” pelo material apreendido em seu poder. Para o tribunal, ainda que exacerbado, o interesse do agente por imagens ou vídeos de crianças e adolescentes em cenas pornográficas é inerente às figuras criminosas do ECA, razão pela qual já é considerado na cominação da pena-base.
- Na Lei nº 8.069/90, para evitar discussões a respeito da interpretação do que se pode entender como cena de sexo explícito ou pornográfica, o próprio legislador firmou o conceito (art. 241-E). Ocorre que, conforme se pode notar, houve certa delimitação no conceito legal apresentado, podendo ocorrer hipóteses em que mesmo não havendo atividade sexual explícita, real ou simulada, ou mesmo exibição de órgão genital, o material produzido seja inadequado, como, por exemplo, a tomada de imagens em poses sensuais. Guilherme de Souza Nucci critica a atitude do legislador sob o fundamento de que a tentativa de clarificar a redação dos tipos penais acabou por delimitar a sua incidência (*Leis penais e processuais penais comentadas*, 2009, p. 270). Sob outro prisma, todavia, pode ser encarada a iniciativa: o de efetivamente delimitar a incidência dos tipos penais, tornando sua aplicação mais segura e menos receptiva a interpretações por demais extensivas.
- De acordo com o STF, o julgamento dos crimes tipificados nos arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/90 é de competência da Justiça Federal quando tais delitos forem cometidos por meio da rede mundial de computadores e: a) o fato esteja previsto como crime no Brasil e no estrangeiro; b) o Brasil seja signatário de convenção ou tratado internacional por meio do qual assume o compromisso de reprimir criminalmente aquela espécie delitiva; e c) a conduta tenha ao menos se iniciado no Brasil e o resultado tenha ocorrido, ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente. Assim ocorre porque se trata da situação em que, nos termos do art. 109, inciso V, da Constituição Federal, aos juízes federais compete processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (RE 628.624/MG, DJe 09/11/2015). O STJ, explicitando a disciplina da competência para julgamento (e referindo-se, no caso concreto, ao

art. 241-A), decidiu, por meio de sua Terceira Seção, que a competência da Justiça Federal se impõe quando constatada a internacionalidade do delito. Caso contrário, a competência é da Justiça Estadual (CC 150.564/MG, DJe 02/05/2017).

- De se notar que o art. 242 da Lei nº 8.069/90 foi parcialmente revogado pelo art. 16, § 1º, inciso III, da Lei nº 10.826/03. Seu objeto material, agora, abrange instrumento apto para ataque e defesa, desde que não alcançado pelo Estatuto do Desarmamento. Em síntese, somente arma branca, tal como: punhal, adaga, sabres, espadas, floretes, machado de guerra, lança, porrete, cassetete, conjunto arco e flecha, estilingue, soco inglês etc. Compete ao magistrado, no momento da dosagem da pena, aquilatar o grau de perigo da arma branca fornecida ao menor, individualizando a reprimenda.
- O art. 243 da Lei nº 8.069/90 foi modificado pela Lei nº 13.106/15 e passou a punir expressamente as condutas de vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou o adolescente, bebida alcoólica. Em vigor a Lei nº 13.106/15, revogou-se a contravenção penal tipificada no art. 63, inciso I, do Decreto-lei nº 3.688/41, à qual, segundo o STJ, subsumia-se a conduta agora tipificada no Estatuto da Criança e do Adolescente (HC 167.659/MS, j. 07/02/2013).
- O inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 determina que os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto. A Constituição Federal, contudo, é menos restritiva, já que, no inciso XLIII do art. 5º, impede somente a concessão de anistia e graça, nada mencionando acerca da proibição do indulto. Diante desse quadro, inevitável o questionamento: a ampliação pelo legislador ordinário é constitucional? Temos duas correntes:
 - 1) se as causas extintivas da punibilidade vedadas no texto constitucional eram duas, não poderia a lei infraconstitucional estatuir uma terceira limitação. Observa-se, ainda, que a concessão do indulto está entre as atribuições privativas do Presidente da República, não podendo o legislador ordinário limitá-lo no exercício dessa atribuição.
 - 2) em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser o indulto modalidade do poder de graça do Presidente da República, e, por isso, alcançado pela vedação constitucional. Não bastasse, a Constituição Federal trouxe vedações mínimas, permitindo ao legislador ordinário ampliá-las. Aliás, o Pretório Excelso entende haver ampla aplicação tanto do texto constitucional quanto da Lei 8.072/90 até mesmo para os crimes praticados anteriormente à sua vigência: “Indulto (D. 3.299/99): exclusão da graça dos condenados por crime hediondo, que se aplica aos que hajam cometido antes da Lei 8.072/90 e da Constituição de 1988, ainda quando não o determine expressamente o decreto presidencial: validade, sem ofensa à garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa, não incidente na