Eduardo Fontes | Henrique Hoffmann
Jeferson Di Schiavi | Julio Grossi

PROVA DISSERTATIVA
QUESTÕES

7.ª edição
Revista, atualizada e ampliada

2027

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



CAPÍTULO 2

DIREITO PENAL

QUESTÃO 1

Lei Penal (Questão inédita)

Zé Galinha, universitário cursando Administração, é estagiário no Banco "Lucro Fácil" e sua função consiste em auxiliar os clientes nos caixas eletrônicos. Bizantina, cliente do referido banco, conta com 65 anos de idade e se valeu algumas vezes da ajuda de Zé Galinha para efetuar depósitos e transferências em dinheiro. Ocorre que, na semana passada, Zé Galinha fez uso do cartão magnético e da senha de acesso à conta de depósitos, induzindo Bizantina em erro e desviando, em benefício próprio, o dinheiro da pensão dela, ou seja, dando-lhe aplicação diversa da sua finalidade, obtendo para si e em prejuízo da vítima, vantagem ilícita consubstanciada na importância de R$5.000,00 (cinco mil reais). Considerando a situação hipotética apresentada acima, responda de forma justificada aos seguintes questionamentos:

a) Zé Galinha deverá ser responsabilizado por qual infração penal?

b) Discorra sobre o conflito aparente de normas e explique os três princípios fundamentais válidos para resolvê-lo em âmbito penal.

c) No que consiste o dolo enantiomórfico e qual a relação com o crime de estelionato?

QUESTÃO 1

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	
24	
25	
26	
27	
28	
29	
30	

SUGESTÃO DE RESPOSTA (30 LINHAS)

a) Pelo fato de Bizantina ser idosa (65 anos), a conduta de Zé Galinha se amolda ao crime previsto no Estatuto da Pessoa Idosa, que pune a apropriação ou o desvio de pensão, ou outros rendimentos, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade, tendo em vista o princípio da especialidade.

b) O conflito aparente de normas ocorre quando a um único fato se revela possível, em tese, a aplicação de dois ou mais tipos legais, ambos instituídos por leis de igual hierarquia e originárias da mesma fonte de produção, além de estarem em vigor ao tempo da prática da infração penal. Nesse contexto, o princípio da especialidade determina que se afaste uma lei geral para aplicação da lei especial (aferido em abstrato); o princípio da subsidiariedade estabelece que a lei primária, contendo a ofensa mais ampla e de maior gravidade, engloba a lei subsidiária, menos ampla e de menor gravidade (aferido em concreto); e o princípio da consunção preconiza que o fato mais amplo e grave consome, absorve os demais fatos menos amplos e graves, os quais atuam como meio normal de preparação ou execução daquele, ou ainda como seu mero exaurimento (aferido em concreto).

c) O denominado dolo enantiomórfico ocorre quando ambas as partes agem dolosamente, um visando causar prejuízo ao outro, utilizando meios contrários à boa-fé. Trata-se do conhecido dolo recíproco, compensado ou bilateral. Relaciona-se com o crime de estelionato, pois, diante da torpeza bilateral cabe perquirir se há tipificação desse delito. Para boa parte da doutrina e jurisprudência o crime subsiste com base nos seguintes argumentos: a) não se pode ignorar a má-fé do agente que utilizou a fraude e obteve a vantagem ilícita em prejuízo alheio, nem o fato de a vítima ter sido ludibriada, e, reflexamente, ter suportado prejuízo econômico; b) a boa-fé da vítima não é elementar do tipo contido no art. 171, *caput*, do Código Penal; e c) a reparação civil do dano interessa somente à vítima, enquanto a punição do estelionatário interessa a toda a coletividade.

▶ Gabarito Oficial

Inexistente (questão inédita).

▶ Aprofundamento

Conflito aparente de normas

O conflito é aparente, pois desaparece com a correta interpretação da lei penal, que se dá com a utilização dos princípios da **especialidade, da subsidiariedade e da consunção**. Alguns penalistas citam ainda o da **alternatividade** que, contudo, não é aceito por relevante parcela da doutrina como útil para a solução do conflito aparente de leis penais, uma vez que teria a sua função esvaziada pelo princípio da consunção.

Princípio da especialidade

A lei especial contém todos os dados típicos de uma lei geral e outros, denominados especializantes. Portanto, lei especial prevalece sobre a lei geral. Há entre as leis relação de gênero e espécie, ou seja, todos os elementos descritos pela lei geral são reproduzidos pela lei especial. Por tal razão, a primeira é excluída quando comparada com a última. Sua aferição se estabelece em abstrato, ou seja, para saber qual lei é geral e qual é especial, prescinde-se da análise do fato praticado. É suficiente a comparação em tese das condutas definidas nos tipos penais.

Princípio da subsidiariedade

Preconiza que a lei primária tem prevalência sobre a lei subsidiária (*lex primaria derogat legi subsidiarie*). Esta é a que define como crime um fato incluído por aquela na previsão de delito mais grave, como qualificadora, agravante, causa de aumento de pena ou, inclusive, modo de execução.

Portanto, há subsidiariedade entre duas leis penais quando se trata de estágios ou graus diversos de ofensa a um mesmo bem jurídico, de forma que a ofensa mais ampla e dotada de maior gravidade, descrita pela lei primária, engloba a menos ampla, contida na subsidiária, ficando a aplicabilidade desta condicionada à não incidência da outra.

O crime tipificado pela lei subsidiária, além de menos grave do que o narrado pela lei primária, dele também di-fere quanto à forma de execução, já que corresponde a uma parte deste. Em outras palavras, a figura subsidiária está inserida na principal. O roubo, por exemplo, contém em seu arquétipo os crimes de furto e de ameaça ou lesão corporal.

Princípio da consunção

Sobre o tema, trazemos a lição de Luiz Flávio Gomes: "Na consunção (ou absorção) o crime previsto por uma norma não passa de uma fase de realização de um crime previsto em outra norma ou representa uma forma de transição de um crime para outro (crime progressivo: quando o agente, para alcançar um resultado mais gravoso, passa necessariamente por um de menor entidade; ex.: homicídio e lesão corporal). Duas importantes normas gerais devem ser respeitadas: (a) o fato de maior entidade consome ou absorve o de menor graduação (roubo em relação ao furto); (b) o crime-fim absorve o crime-meio (estelionato e falsidade documental). Outras regras tam-bém aplicáveis: o fato posterior absorve o anterior (pós-fato não punível) ou o fato anterior absorve o posterior (antefato não punível)." A consunção pode ter sua origem tanto em virtude da expressa declaração da lei, como também na sua zelosa interpretação, utilizando-se para tanto de elementos de ordem gramatical, lógica, histórica e sistemática na apreciação jurídica do caso concreto.

Estatuto da Pessoa Idosa e os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95

Anote-se que a pena prevista para o delito cometido por Zé Galinha supera 2 (dois) anos – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. Antes, caso a pena máxima não superasse 4 (quatro) anos, como no caso, seguiria o rito dos Juizados Criminais. No entanto, com a alteração promovida pela 15.163/2025, os crimes previstos no Estatuto da Pessoa Idosa (Lei 10.741/03) e os crimes praticados com violência contra a pessoa idosa, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, conforme (previsão contida no novo parágrafo único ao art. 95 do Estatuto).

Portanto, a Autoridade Policial deverá instaurar Inquérito Policial, conforme dispõe o art. 94, "in verbis": "Aos cri-mes previstos nesta Lei aplicam-se, no que couber, as disposições do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)."

Jurisprudência

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 102 DA LEI N. 10.741/2003. DESVIO DE BENS. POSSE PRÉVIA. DESNECESSIDADE. DESVIO DE FINALIDADE. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO. RESTABELECIMENTO. 1. Para a conduta de desviar bens do idoso, prevista no art. 102 da Lei n. 10.741/2003, não há necessidade de prévia posse por parte do agente, restrita à hipótese de apropriação. 2. É evidente que a transferência dos valores da conta bancária da vítima para a conta pessoal do recorrido, mediante ardil, desviou os bens de sua finalidade. Não importa aqui perquirir qual era a real destinação desses valores, pois, independente de qual fosse, foram eles dela desviados, ao serem, por meio de fraude, transferidos para a conta do recorrido." (STJ. REsp 1.358.865/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 04/09/14 - Info. 547)

Legislação

CP, Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: **Pena** – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 15.397, de 2026) [...] § 4º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso. (Redação dada pela Lei nº 14.155, de 2021)

Lei 10.741/03, Art. 102. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento da pessoa idosa, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade: (Redação dada pela Lei nº 14.423, de 2022) **Pena -** reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Doutrina

MASSON, Cleber. Código Penal Comentado - 6ª ed. - São Paulo: Método, 2018.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1° a 120) - vol .1 - 13.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

QUESTÃO 2

Princípios do Direito Penal (Questão inédita)

Discorra sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da criminalização da LGBTfobia, apresentando a crítica doutrinária a respeito do tema.

QUESTÃO 2

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	
24	
25	
26	
27	
28	
29	
30	

SUGESTÃO DE RESPOSTA (30 LINHAS)

A discriminação ou preconceito em razão de identidade ou orientação sexual ainda não se encontra criminalizada em nossa legislação, apesar de constar no projeto de reforma do Código Penal. Em virtude dessa mora do legislador, ajuizou-se uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão e um mandado de injunção, ao fundamento de que o Poder Legislativo não estaria cumprindo com as obrigações insertas nos mandados constitucionais de criminalização previstos no artigo 5º.

Ao julgar essas ações, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a conduta "homotransfóbica" está inserida no crime de racismo e, por consectário lógico, é inafiançável e imprescritível, até que o Poder Legislativo emita normativa específica sobre o tema. Para nossa Corte máxima, tais práticas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social, na medida em que essas condutas importam em atos de segregação capazes de inferiorizar membros integrantes do grupo LGBTQIA+, tendo em vista a sua orientação sexual ou identidade de gênero.

O grande embate jurídico reside no fato de que a Lei de Racismo trata do preconceito e discriminação de "raça, cor, etnia, religião e procedência nacional". O preconceito referente à orientação sexual, à homossexualidade ou à transexualidade não se encaixa em nenhuma das hipóteses taxativas da lei. Por essa razão, o posicionamento do Supremo não encontrou eco na doutrina penalista, recebendo severas críticas por enxergar, em tal decisão, uma evidente analogia "in malam partem". Os adeptos desse pensamento sustentam que, diante do princípio da reserva legal, desdobramento lógico da legalidade, compete ao Poder Legislativo prever infrações penais e cominar as respectivas sanções, de modo que é temerária uma decisão do Poder Judiciário, ainda que oriunda da sua mais alta Corte, criar condutas criminosas. Ao julgador cabe interpretar e aplicar a lei, mas não reescrevê-la.

▶ Gabarito Oficial

Inexistente (questão inédita).

▶ Aprofundamento

Princípio da legalidade x criminalização da homofobia e transfobia - Aspecto criminológico

Na criminologia contemporânea trabalha-se com o mapeamento das diversas formas de controle através das quais somos moldados como sujeitos, principalmente no que diz respeito ao gênero e à sexualidade. O termo *queer* significa estranho, e é geralmente utilizado para fazer referência a lésbicas, gays, bissexuais e transexuais, ou ainda a qualquer pessoa que não segue ou contesta o padrão normativo vigente. A criminologia *queer*, portanto, consiste em uma abordagem teórica e prática que visa a ressaltar e pôr em discussão a estigmatização, a criminalização e as diversas formas de rejeição enfrentadas pela população *queer* no sistema penal, tanto no papel de vítimas como no papel de agressoras.

Jurisprudência

Legalidade penal e homofobia subsumida ao crime de Racismo

No âmbito penal, a discriminação ou preconceito em razão de "identidade ou orientação sexual" ainda não se encontra criminalizada em nossa legislação, apesar de constar no projeto de reforma do Código Penal. Contudo, dada a inércia do Poder Legislativo, o STF concluiu que, em face dos mandados constitucionais de criminalização insertos nos incisos XLII e XLIII do art. 5º, a conduta homofóbica e transfóbica estão inseridas no crime de racismo. Na ocasião, a Suprema Corte fixou as seguintes teses: "1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos inciso XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei 7.716/ de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso,

circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTQIA+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito." (STF. ADO nº 26 e MI nº 4.733, julgadas em 13/06/19)

Portanto, de acordo com o STF, a "LGBTfobia" constitui crime previsto na Lei de Racismo (Lei 7.716/89) e consequentemente, é inafiançável e imprescritível. No entender da Corte Suprema as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social, na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTQIA+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Em decisão recente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que atos ofensivos praticados contra pessoas da comunidade LGBTQIAPN+ podem ser enquadrados como injúria racial.

A decisão foi tomada na sessão virtual concluída em 21/08/2023, no julgamento de recurso (embargos de declaração) apresentado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) contra acórdão no Mandado de Injunção (MI) 4733.

Ousamos divergir desse entendimento. A criação de condutas criminosas pela via jurisdicional fere dois princípios caríssimos do cidadão: o da Legalidade e o da Separação de Poderes. Não por outra razão, Gustavo Badaró assim se manifestou após a decisão da Suprema Corte: "Descanse em paz "nullum crimen, nulla poena, sine lege".

Compete à Justiça Federal julgar falas de cunho homofóbico divulgadas em perfis abertos do Facebook e do Youtube

Compete à Justiça Federal 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 (art. 109, V, CRFB/88). Dessa forma, é competente para processar e julgar o conteúdo de falas de suposto cunho homofóbico divulgadas na internet, em perfis abertos da rede social Facebook e na plataforma de compartilhamento de vídeos Youtube, ambos de abrangência internacional (STJ. 3ª Seção. CC 191.970/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 14/12/2022 - Info. 761).

Legislação

CRFB/88, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

CRFB/88, Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...]

CRFB/88, Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. **§ 1º** Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. **§ 2º** É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. [...]

Alteração legislativa (Crime de racismo – injúria racial)

A Lei 14.532/2023 alterou a Lei 7.716/89 e o Código Penal para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística, pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Vejamos as principais alterações:

Art. 2º-A. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023) **Pena:** reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023) **Parágrafo único.** A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023) [...]

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. **Pena -** reclusão de um a três anos e multa. [...] **§ 2º** Se qualquer dos crimes previstos neste artigo for cometido por intermédio dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023) **Pena:** reclusão de dois a cinco anos e multa. **§ 2º-A** Se qualquer dos crimes previstos neste artigo for cometido no contexto de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público: (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023) **Pena:** reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e proibição de frequência, por 3 (três) anos, a locais destinados a práticas esportivas, artísticas ou culturais destinadas ao público, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023) **§ 2º-B** Sem prejuízo da pena correspondente à violência, incorre nas mesmas penas previstas no *caput* deste artigo quem obstar, impedir ou empregar violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023) [...]

Art. 20-A. Os crimes previstos nesta Lei terão as penas aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade, quando ocorrerem em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Art. 20-B. Os crimes previstos nos arts. 2º-A e 20 desta Lei terão as penas aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade, quando praticados por funcionário público, conforme definição prevista no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Art. 20-C. Na interpretação desta Lei, o juiz deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Art. 20-D. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a vítima dos crimes de racismo deverá estar acompanhada de advogado ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023) **Pena**: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Levando em conta a decisão do STF no ano de 2019, condutas homotransfóbicas (racismo, na dimensão social) podem ser enquadradas neste novo tipo penal incriminador, sendo, portanto, inafiançáveis, imprescritíveis e apuradas mediante ação penal pública incondicionada.

Observa-se, contudo, que o §3º, do art. 140, do CP, manteve o crime de Injúria apenas em relação aos elementos *religião*, *condição de pessoa idosa* ou *com deficiência*, nestes termos:

CP, Art. 140, § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência: (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023) **Pena**: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023)

A apuração, nesses casos, se dará mediante ação penal pública condicionada, ou seja, demanda representação do ofendido (art. 145, parágrafo único, do CP).

Vê-se, portanto, que o elemento *religião* não consta na redação do art. 2-A, da Lei 7.716/89. Cabe aguardarmos o posicionamento dos Tribunais Superiores em relação a este ponto, tendo em vista que outros tipos penais dessa mesma lei o preveem.

MI 7.452/DF – STF: EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA A CASAIS HOMOAFETIVOS MASCULINOS E MULHERES TRANSEXUAIS E TRAVESTIS

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção 7.452/DF, reconheceu a existência de omissão legislativa inconstitucional quanto à proteção de determinados grupos vulneráveis contra a violência doméstica e familiar, determinando a extensão das normas protetivas da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) aos casais homoafetivos masculinos e às mulheres transexuais e travestis.

A decisão fundamenta-se nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proteção estatal contra a violência no âmbito das relações familiares, especialmente nos arts. 1º, III, 5º, caput, e 226, § 8º, da Constituição Federal.

O Tribunal considerou que a ausência de disciplina legislativa específica não poderia impedir a tutela efetiva de pessoas submetidas a situações de vulnerabilidade no ambiente doméstico ou familiar, sob pena de violação à proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot).

1. Extensão da proteção aos casais homoafetivos masculinos

A principal inovação do julgamento consiste na possibilidade de aplicação das normas protetivas da Lei Maria da Penha a homens vítimas de violência doméstica no âmbito de relacionamentos homoafetivos masculinos.

Entretanto, essa extensão não ocorre de maneira automática.

Conforme destacado no item 5 da ementa do acórdão, é necessária a identificação de fatores contextuais que coloquem o homem vítima em posição de subalternidade na dinâmica da relação.

Assim, a simples existência de relacionamento homoafetivo masculino não é suficiente para justificar, isoladamente, a incidência do regime protetivo.

É indispensável examinar as circunstâncias concretas, especialmente a existência de relações de dominação, assimetria de poder, dependência ou outras condições que evidenciem a vulnerabilidade da vítima.

Importante: o STF não estendeu indistintamente a Lei Maria da Penha a todos os homens vítimas de violência doméstica, mas reconheceu a necessidade de proteção específica nas hipóteses abrangidas pelo julgamento.

2. Proteção às mulheres transexuais e travestis

Quanto às mulheres transexuais e travestis, o julgamento reafirmou a incidência das normas protetivas da Lei Maria da Penha, considerando a identidade de gênero feminina e a necessidade de proteção contra a violência doméstica e familiar.

A tutela jurídica não está condicionada ao sexo biológico atribuído no nascimento, tampouco à realização de procedimentos cirúrgicos de redesignação sexual.

Nesse ponto, a decisão está em consonância com a orientação jurisprudencial que reconhece a identidade de gênero como elemento juridicamente relevante para a incidência da legislação protetiva.

Convém distinguir as situações examinadas: enquanto a extensão da proteção aos homens integrantes de casais homoafetivos pressupõe a demonstração contextual de subalternidade, a proteção das mulheres transexuais e travestis decorre do reconhecimento de sua identidade de gênero feminina, observados os demais requisitos legais de incidência da Lei Maria da Penha.

3. Distinção entre normas protetivas e normas penais incriminadoras

Um dos aspectos mais relevantes do julgamento consiste na necessidade de distinguir a extensão das normas de natureza protetiva da aplicação de disposições penais incriminadoras ou sancionatórias.

A decisão não autoriza a utilização da analogia in malam partem, vedada pelo princípio constitucional da legalidade penal.

Assim, a possibilidade de concessão de medidas protetivas de urgência a homens integrantes de casais homoafetivos não implica, automaticamente, a incidência de tipos penais, agravantes ou causas de aumento que exijam expressamente a condição feminina da vítima.

Essa preocupação foi ressaltada durante o julgamento, inclusive nas ressalvas apresentadas pelos ministros Cristiano Zanin, André Mendonça e Edson Fachin.

Importante observar, entretanto, que essa limitação não afasta a incidência dos tipos penais cuja configuração independe do gênero da vítima.

Portanto, deve-se diferenciar a tutela destinada à preservação da integridade física, psicológica e moral da vítima da imposição de consequências penais desfavoráveis ao investigado, cuja incidência permanece submetida à legalidade estrita.

4. Competência jurisdicional e repercussões na atividade policial

A extensão das normas protetivas não significa, necessariamente, a atribuição automática de competência aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em todas as ocorrências envolvendo casais homoafetivos masculinos.

O julgamento não estabeleceu regra geral e definitiva de competência jurisdicional para todas as hipóteses abrangidas pelo mandado de injunção.

A definição da competência exige análise da situação concreta, da natureza da providência requerida e das normas de organização judiciária aplicáveis.

Para a Polícia Judiciária, o julgamento apresenta consequências relevantes.

Diante de ocorrência envolvendo violência doméstica entre homens que mantenham ou tenham mantido relacionamento homoafetivo, a Autoridade Policial deverá examinar as circunstâncias indicativas de vulnerabilidade e subalternidade, promovendo, quando cabível, as providências necessárias à proteção da vítima.

Entre essas providências está o encaminhamento de pedido de medidas protetivas de urgência à autoridade judiciária competente, sem prejuízo da apuração dos delitos eventualmente praticados.

Quanto às mulheres transexuais e travestis, deverá ser assegurada a proteção correspondente à sua identidade de gênero, observados os pressupostos legais da violência doméstica e familiar.

Em qualquer hipótese, o enquadramento jurídico-penal da conduta deverá ser realizado de maneira autônoma, respeitando-se os elementos dos tipos penais e a vedação da analogia prejudicial ao investigado.

5. Natureza e eficácia da decisão

O julgamento ocorreu em sede de mandado de injunção coletivo, instrumento constitucional destinado a enfren-tar omissões normativas que inviabilizem o exercício de direitos e liberdades constitucionalmente assegurados.

Ao reconhecer a insuficiência da proteção legislativa, o STF estabeleceu solução concretizadora destinada a asse-gurar a tutela dos grupos abrangidos pela decisão enquanto não sobrevier disciplina legislativa adequada.

A eficácia coletiva da decisão encontra fundamento no art. 13 da Lei nº 13.300/2016, alcançando as pessoas integrantes da coletividade protegida, e não apenas as entidades impetrantes.

Entretanto, essa eficácia coletiva não afasta a necessidade de examinar, em cada caso concreto, os pressupostos materiais exigidos para a incidência das normas protetivas.

6. Consideração final

O julgamento do MI 7.452/DF representa importante desenvolvimento da jurisprudência constitucional relativa à proteção de pessoas vulneráveis no contexto da violência doméstica e familiar.

O STF reconheceu que a ausência de legislação específica não pode constituir obstáculo absoluto à efetivação de direitos fundamentais, especialmente quando identificada situação de proteção estatal insuficiente.

Para a atividade policial, três conclusões merecem destaque: a extensão das normas protetivas aos homens integrantes de casais homoafetivos exige a análise concreta da vulnerabilidade e da subalternidade da vítima; a ampliação da tutela protetiva não autoriza, por analogia prejudicial, a extensão de tipos penais ou consequências sancionatórias que exijam a condição feminina da vítima; e a competência jurisdicional deve ser examinada con-forme as particularidades do caso concreto.

Desse modo, a decisão procura compatibilizar a efetividade da proteção constitucional das vítimas com a preser-vação das garantias fundamentais inerentes ao Direito Penal.

Referência jurisprudencial: STF, MI 7.452/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 24/02/2025, DJe de 26/03/2025. Informativo STF nº 1.167.

Doutrina

BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionismo. Revista eletrônica JOTA, mai. 19. Disponível em:< https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-pe-nal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>. Acesso: 20/09/19.

QUESTÕES CORRELATAS

Delegado de Polícia Civil/PR (COPS/UEL – 2007)

Dentre os princípios constitucionais do Direito Penal brasileiro, discorra, em no mínimo 20 e no máximo 30 linhas, sobre o princípio da legalidade e seus desdobramentos.

Resposta esperada pela Banca examinadora:

1. Conceito

2. Base Estrutural

3. Base Legal

4. Lei prévia (*lex praevia*)

5. Lei certa (*lex certa*)

6. Lei escrita (*lex scripta*)

7. Lei estrita (*lex stricta*)

Delegado de Polícia Civil/MS (FAPEMS – 2017)

"À análise garantista dos princípios fundamentais constitucionais não representa um favor ao sujeito que infringe um tempo legal e muito menos significa a sua impunidade" (Martinez li, J.P.O. De Bem, L.S. Lições Fundamentais de Direito Penal, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017). Ao contrário dessa mistificação, "o garantismo exerce missão essencial no estado democrático" (STF, RÉ. 738.214/DF DJe 03/02/2015). A partir do excerto doutrinário referido e do julgado do Supremo Tribunal Federal, cite e explique quatro axiomas do garantismo penal.

Resposta esperada pela Banca examinadora:

A resposta deveria ser redigida discorrendo, de forma fundamentada e diante dos critérios de valoração constantes da prova, sobre ao menos quatro dos seguintes axiomas: "Nulla poena sine crimine" (Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito); "Nullum crimen sine lege" (Princípio da legalidade); "Nulla lex (poenalis) sine necessitate" (Princípio da necessidade ou da economia do direito penal); "Nulla necessitas sine injuria" (Princípio da lesividade ou ofensividade do evento); "Nulla injuria sine actione" (Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); "Nulla actio sine culpa" (Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); "Nulla culpa sine judicio" (Princípio da jurisdicionalidade); "Nulla judicium sine accustone" (Princípio acusatório ou da separação ente o juiz e a acusação); "Nulla accusatio sine probatione" (Princípio do ônus da prova ou da verificação); "Nulla probatio sine defensione" (Princípio do contraditório ou da defesa).

QUESTÃO 3

Princípios do Direito Penal (Delegado de Polícia Civil/RJ – FUNCAB – 2012)

Kafka, juntamente com sua esposa Frida, adentra no supermercado "O Baratão", em São Gonçalo, quando são reconhecidos pelo segurança da loja por terem, em outra ocasião, mantido atitude suspeita, no interior desse estabelecimento. Desconfiado, informou, via rádio, aos demais seguranças, que passaram, discretamente, a observar o casal circulando pelo supermercado, até perceberem que Kafka pegou 1,8 Kg de carne de acém e o colocou, sorrateiramente, na bolsa de sua esposa. Em seguida, dirigiram-se para a saída do supermercado e, quando estavam já na calçada, em frente ao estabelecimento, foram abordados pelos mesmos seguranças que lograram encontrar na bolsa da mulher o sobredito produto, avaliado em R$ 13,90 (treze reais e noventa centavos). Policiais militares, acionados, conduziram Kafka e Frida até a Delegacia de Polícia. Você, como Delegado de Polícia, como procederia diante do quadro supracitado? (resposta fundamentada).

QUESTÃO 3

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	
24	
25	
26	
27	
28	
29	
30	

SUGESTÃO DE RESPOSTA (30 LINHAS)

A conduta de Kafka e Frida, em princípio, se amolda ao crime de furto qualificado pelo concurso de duas ou mais pessoas. Trata-se de um fato típico, ilícito e culpável. Contudo, o Delegado de Polícia, na função de primeiro garantidor da legalidade e da justiça, tem o poder-dever de realizar a análise técnico-jurídica dos substratos do crime e, com isso, ratificar ou não a prisão em flagrante (captura).

Nesse contexto, a Autoridade Policial pode concluir pela incidência do princípio da insignificância (ou criminalidade de bagatela), dada a inexpressividade econômica do bem móvel subtraído, conjugada com os demais requisitos traçados pelo Supremo Tribunal Federal (objetivos: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica; e subjetivos: a) reincidente; b) criminoso habitual; c) militares; e d) condições da vítima), excluindo-se a tipicidade material, que compõe a tipicidade penal, ao lado da tipicidade formal.

Dessa forma, ainda que haja precedente em sentido contrário, a doutrina moderna entende que afastada a tipicidade do fato para a autoridade judiciária, igual natureza também se apresenta para a Autoridade Policial, uma vez que não havendo justa causa para a lavratura do auto de prisão em flagrante ou instauração do inquérito policial, deve o Delegado de Polícia, fundamentadamente, abster-se dos expedientes e encaminhar a informação ao membro do Ministério Público, uma vez que o arquivamento somente ocorre mediante decisão judicial, em decorrência do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Essa decisão, contudo, desafiará recurso ao chefe de Polícia, com vistas a impedir eventuais abusos.

Por fim, subsistindo ainda a tipicidade, o Delegado de Polícia poderia reconhecer que a conduta se ajusta à figura do Furto famélico, situação que afastaria a ilicitude em decorrência do estado de necessidade e, consequentemente, o crime. Além disso, não há que se falar em crime impossível, pois o entendimento dominante é de que a vigilância realizada por monitoramento eletrônico ou segurança no interior do estabelecimento comercial, não torna, por si só, impossível a consumação do crime, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

▶ Gabarito Oficial

Inexistente (não divulgado pela banca examinadora).

▶ Aprofundamento

Princípio da insignificância

Um dos princípios norteadores do direito penal é o da intervenção mínima, ou seja, essa disciplina só será aplicada quando estritamente necessária. Desse decorrem outros dois, o da subsidiariedade (executor de reserva) e o da fragmentariedade (tutela somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico).

Consequência lógica do caráter fragmentário é o princípio da insignificância. Fundado em valores de política criminal, possui ampla aceitação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que fixou quatro pressupostos gerais para a sua incidência: 1) ofensividade mínima da conduta; 2) reduzido grau de reprovabilidade; 3) inexpressividade da lesão jurídica; e 4) ausência de periculosidade social da ação. Contudo, é difícil conceituá-los pelo fato de serem muito próximos entre si – a própria Corte não faz uma distinção entre eles.

O princípio da insignificância (ou criminalidade de bagatela) destina-se a realizar uma intepretação restritiva do tipo penal, servindo como fator de descaracterização material da tipicidade (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico) que, ao lado da tipicidade formal (adequação do fato à norma), representa a "tipicidade" como um todo. Assim, ainda que a conduta seja formalmente típica, mas a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico seja irrelevante, sua incidência deverá ser sopesada pelo operador do Direito no caso concreto (Delegado de Polícia, membro do Ministério Público ou Magistrado).

Afora os pressupostos gerais que norteiam a aplicação desse princípio, é necessário aferir a presença de outros requisitos relacionados ao agente infrator. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal tem firme jurisprudência no sentido de que a reincidência, por si só, não é fator impeditivo ao reconhecimento da insignificância, desde que outras circunstâncias do caso concreto recomendem a sua aplicação. Por outro lado, em se tratando da habitualidade delitiva, o entendimento é pela não aplicação da insignificância diante de reiteração específica (crimes da mesma espécie).

O nível de cognição da Autoridade Policial relativo à profundidade de análise nas deliberações em situações flagranciais

Diante da situação flagrancial apresentada, a Autoridade Policial realizará a cognição em dois níveis a fim de proceder ou não à lavratura do auto de prisão em flagrante:

a) cognição vertical: se relaciona com o grau de profundidade da análise da matéria probatória e de elementos informativos; e

b) cognição horizontal: relacionada às matérias legais, constitucionais, convencionais e a critérios axiológicos de justiça.

Nesse momento, o nível de cognição a ser alçado pela Autoridade Policial não é exauriente e sim sumário. Ou seja, não deve se debruçar de forma muito acurada na análise do enredo apresentado e dos elementos informativos correlatos a ponto de se atingir um juízo de certeza.

Furto famélico

Praticado para saciar a fome, o furto famélico tem sido reconhecido pela jurisprudência como exemplo típico de conduta praticada em *estado de necessidade*, desde que presentes os seguintes requisitos: a) que o fato seja praticado para mitigar a fome; b) que seja o único e derradeiro recurso do agente (inevitabilidade do comportamento lesivo); c) que haja a subtração de coisa capaz de diretamente contornar a emergência; d) a insuficiência dos recursos adquiridos pelo agente com o trabalho ou a: impossibilidade de trabalhar.

Jurisprudência

Furto qualificado x princípio da insignificância

Em regra, a aplicação do princípio da insignificância tem sido rechaçada nas hipóteses de furto qualificado, tendo em vista que tal circunstância denota, em tese, maior ofensividade e reprovabilidade da conduta. Deve-se, todavia, considerar as peculiaridades do caso concreto, de maneira a verificar se a conduta do agente representa maior reprovabilidade a desautorizar a aplicação do princípio da insignificância.

STJ. AgRg no AREsp 746011/MT, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 05/11/15, DJe 23/11/15.

STJ. AgRg no AREsp 785755/MT, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22/11/16, DJe 05/12/16.

STJ. HC 118.171/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/10/19, DJe 04/11/19.

Súmula nº 567, STJ: "Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto."

STJ. HC 154.949/MG, Rel. Felix Fischer, julgado em 03/08/10 - (Info. 441)

Súmula nº 6 no I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo

"É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa." (Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal, realizado na Academia de Polícia "Dr. Coriolano Nogueira Cobra", em 26/09/2013, com a participação de delegados da Polícia Civil do Estado de São Paulo e da Polícia Federal)

Legislação

CP, Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. [...] **§ 4º** A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido: (Redação dada pela Lei nº 15.397, de 2026) [...] IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Alterações legislativas (Lei 13.964/19)

CPP, Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à Autoridade Policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.