

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

LETÍCIA DOS SANTOS

**CARTÃO DE CRÉDITO COMO OBJETO MATERIAL DE CRIMES
PATRIMONIAIS:
FATO TÍPICO OU ATÍPICO?**

Porto Alegre

2022

LETÍCIA DOS SANTOS

**CARTÃO DE CRÉDITO COMO OBJETO MATERIAL DE CRIMES
PATRIMONIAIS:
FATO TÍPICO OU ATÍPICO?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2022

LETÍCIA DOS SANTOS

**CARTÃO DE CRÉDITO COMO OBJETO MATERIAL DE CRIMES
PATRIMONIAIS:
FATO TÍPICO OU ATÍPICO?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do grau
de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 10 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Orientador

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Sami Abder Rahim Jbara El Jundi

RESUMO

O presente trabalho estuda a ofensividade a bens jurídicos como requisito essencial à tipicidade de delitos, analisando, especificamente, a existência de tipicidade material na subtração de cartão de crédito. O objetivo principal é constatar se é possível que o cartão de crédito figure como objeto material no crime de furto simples, considerando o dissenso sobre a existência de valor econômico do item. Para alcançar tal finalidade, vale-se primordialmente de pesquisa bibliográfica sobre o tema. Inicialmente, serão traçadas as balizas sobre as quais está alicerçado este trabalho. Assim, apresenta-se breve evolução da dogmática jurídico-penal, esclarecendo-se, ao final, que a teoria funcionalista de Roxin será adotada como norte a partir do qual o trabalho se desenvolverá. Estuda-se pormenorizadamente a concepção de bem jurídico na seara penal e o elemento tipicidade. Concluída essa etapa, discorre-se sobre o princípio da ofensividade, trazendo seu conceito e sua função limitadora ao *jus puniendi*, bem como correlacionando-o com outros princípios orientadores do Direito Penal. A seguir, analisa-se o bem jurídico e tipicidade do furto. Por derradeiro, examina-se se a conduta de subtração de cartão de crédito preenche as condições elementares para a configuração do delito de furto simples.

Palavras-chave: Princípio da ofensividade. Bem jurídico. Tipicidade. Cartão de crédito. Crime contra o patrimônio.

ABSTRACT

This paper discusses the offensiveness of legal assets as an essential requirement for the typicality of crimes, examining, specifically, the existence of material typicality in the act of taking possession of a credit card. The main objective is to verify if it is possible to consider the credit card as a material object in the crime of simple theft, in view of the disagreement about the existence of economic value of the item. Pretending achieve, finality, this paper mainly uses bibliographic researches about the topic. Initially, will be traced goals on which the study are grounded. This way, this work has a brief introduce of the legal-criminal dogmatics is presented, clarifying, at the end, that Roxin's functionalist theory will be adopted as a beacon from which this work will develop. The concept of legal assets in the Criminal Law and the typicality element are studied in detail. After this stage, the principle of offensiveness is discussed, bringing its concept and limiting function to the *ius puniendi*, as well as correlating it with other guiding principles of Criminal Law. Next step, it's analyzed the Project legal asset and the theft's typicality. Finally, it is examined if the act of taking possession of a credit card fulfills the elementary conditions to configure the crime of simple theft.

Keywords: Principle of offensiveness. Legal assets. Typical. Credit card. Crime against property.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	05
2	PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS	07
2.1	EVOLUÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA DOGMÁTICA PENAL	07
2.2	BEM JURÍDICO-PENAL.....	14
2.3	TIPICIDADE.....	19
3	PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE	25
3.1	NOÇÕES IMPORTANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE.....	25
3.2	CRIME DE DANO E CRIME DE PERIGO.....	27
3.3	PRINCÍPIOS CORRELATOS	31
3.3.1	Princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos.....	32
3.3.2.	Princípio da legalidade.....	33
3.3.3.	Princípio da intervenção mínima.....	35
3.3.4.	Princípio da proporcionalidade	37
3.3.5.	Princípio da insignificância	38
3.3.6.	Princípio da adequação social	39
4	SUBTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO.....	41
4.1	BEM JURÍDICO DO FURTO	41
4.2	TIPICIDADE DO FURTO.....	43
4.2.1	Adequação típica formal do furto.....	43
4.2.2	Adequação típica material do furto	45
4.3.	(A)TIPICIDADE DA SUBTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO.....	47
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
6	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal possui como função destaque a proteção aos bens jurídicos socialmente mais relevantes. Nessa perspectiva, o delito não é encarado como uma *infração de dever*, desobediência ou rebeldia, tal qual como ocorria no nacional-socialismo alemão¹, mas sim é compreendido como a ofensa, consistente em dano ou perigo, a bens jurídicos-penais². O crime visto a partir da mera inconveniência de um comportamento ou da negativa à norma imperativa, desconsiderando seu aspecto valorativo - que se traduz no bem jurídico protegido -, retira da norma penal sua essência, mostrando-se incompatível com o Estado Democrático de Direito³.

À luz do princípio da ofensividade, o delito só pode ser reconhecido como tal quando apresentar, ao lado da subsunção do fato ao tipo penal (tipicidade formal), lesão efetiva ou risco ao bem jurídico tutelado (tipicidade material). O ponto nevrálgico da presente monografia consiste em analisar se a subtração de cartão de crédito, quanto possível crime patrimonial de furto, preenche as duas faces da tipicidade, configurando-se como fato típico ou, o contrário, devendo ser considerado irrelevante penal.

Impõe registrar que o *caput* do art. 155, que prescreve a conduta de furto simples, apresenta a mesma redação desde a versão original do Código Penal brasileiro de 1940. A sociedade, no entanto, não é a mesma. As inovações tecnológicas e a dinâmica das relações entre as pessoas formam um retrato social diferente daquele que o legislador observava à época. Hoje, indiscutivelmente, as transações com cartão de crédito são corriqueiras, sendo esse item praticamente indispensável na carteira do homem moderno. Esse objeto, todavia, sequer existia quando da promulgação do Estatuto Repressivo. O primeiro cartão capaz de ser utilizado para efetuar pagamentos a crédito em diferentes estabelecimentos só foi lançado em 1950, isto é, 10 anos depois da criação do diploma legal referido. Ele não passou despercebido pela criminalidade, sendo comumente encontrado em posse de ladrões. Ainda assim, discute-se se cartões bancários possuem valor econômico capaz de justificar que sua subtração invoque a incidência de norma penal que tutela o patrimônio. Essa questão, inclusive, já foi levada ao Superior Tribunal de Justiça, que apresentou respostas destoantes no tempo, como será

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 50. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655597172/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

² D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 57.

³ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Princípio da ofensividade como pressuposto do 'jus puniendi'**. Enfoque sobre o conceito material do delito à luz da Constituição Federal de 1988. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 2008, v. 20, p. 9.

abordado oportunamente. Ademais, justifica-se o tema em razão da sua relevância prática. Afinal, a conclusão de que o cartão de crédito pode ser objeto material de furto conduz o sujeito que realizou a subtração nesses moldes à condenação, enquanto a resposta negativa declara sua absolvição.

Visando à abordagem adequada da questão-problema, passa-se, então, à organização estrutural do trabalho, dividida em três partes: pressupostos teóricos, princípio da ofensividade e análise específica da problemática.

No primeiro capítulo, é realizada digressão sobre temas que servem de sustento teórico à pesquisa. Inicia-se a construção lógica a partir da evolução epistemológica da dogmática penal, da definição de bem jurídico e de tipicidade, a fim de preparar a base do palco da discussão desta monografia. Nesse momento, o presente estudo pretende demonstrar que a dogmática do Direito Penal não é estática e que se apresentam no tempo diversas teorias sobre a sistematização das normas penais. Determinada conduta pode ser aceita como delito por um sistema penal que desconsidera a existência de bem jurídico subjacente à norma penal e rechaçada por outro que a considera. Como se esclarecerá mais a frente, o desenvolvimento da pesquisa utilizou como referencial teórico fundante o normativismo teleológico-funcional do jurista alemão Claus Roxin, que indica a proteção a bens jurídicos como função do sistema. Diante da importância dada aos bens jurídicos, o estudo avança no desenvolvimento do seu conceito. A tipicidade, por sua vez, será abordada, porque é através dela que se constata se determinada conduta é típica ou não.

A proposta do segundo capítulo consiste em perquirir o princípio da ofensividade. Adianta-se sua dupla orientação: de um lado, não permite que o legislador crie tipos penais inofensivos a bens jurídicos, de outro, exige que no caso concreto se examine se houve lesão ou risco ao bem jurídico tutelado pela norma. Ainda nesse tópico, será feita breve apresentação de outros princípios norteadores do Direito Penal, correlacionando-os ao da ofensividade.

Já no último capítulo deste trabalho enfrentou-se diretamente a questão central da pesquisa, referente à tipicidade da subtração de cartão de crédito quanto ao furto simples. No primeiro momento do capítulo, fez-se necessário perquirir o bem jurídico do crime de furto e seus contornos. Estudou-se, então, a tipicidade formal e material do delito em comento. A pesquisa também realizou uma breve análise da jurisprudência sobre o tema na Corte Cidadã. Encerrou-se com a conclusão sobre se há dano à esfera patrimonial da vítima que teve seu cartão de crédito surrupiado, sob o prisma do princípio da ofensividade, ancorado no Direito Penal que se ocupa da proteção a bens jurídicos.

2 PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS

2.1 EVOLUÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA DOGMÁTICA PENAL

O Direito Penal, por um lado, designa “o conjunto de normas estabelecidas pelo Estado que definem os delitos, as penas e as medidas de correção e de segurança aplicáveis a quem os pratica”⁴ e, por outro, encarado como campo do conhecimento, “o sistema de interpretação da legislação penal”⁵. Traduzindo-as de forma mais concisa, definem Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli as duas noções: “1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e 2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal”⁶. Nesse último conceito, a expressão Direito Penal é sinônimo de Ciência Penal, sem olvidar, porém, que ainda emergem discussões se o direito, em geral, pode ser categorizado como ciência. As normas penais organizam-se de maneira sistemática, de modo que seus conteúdos não só não se contradizem como também oferecem um norte de aplicação e interpretação. A disciplina que se encarrega dessa sistematização denomina-se dogmática⁷. Assim, enquanto a Ciência Penal compreende-se como o campo do saber jurídico que possui como objeto as normas penais, a dogmática penal constitui seu método, cujo funcionamento, à luz do magistério de Zaffaroni e Pierangeli, opera-se da seguinte forma:

Traduzido numa forma mais sintética, o método dogmático consiste numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação de “dogmática”, devida a Jhering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como “dogmas”, tal como lhe são revelados pelo legislador, o

⁴ NORONHA, Magalhães apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 44. E-book.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. v. 1. São Paulo: Atlas, 2021. p. 19. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597028102/epubcfi/6/26\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml111!\]/4/770/1:544\[hei%2Ca.\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597028102/epubcfi/6/26[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml111!]/4/770/1:544[hei%2Ca.]). Acesso em: 21 fev. 2022.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. RB-2.2. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F103791445%2Fv14.3&titleStage=F&titleAcct=ia744d779000015830600eb40975c341#sl=0&eid=09eb21b1a0c13841b9390e988cb6c786&eat=%5Bereid%3D%2209eb21b1a0c13841b9390e988cb6c786%22%5D&pg=1&psl=p&nvgS=false>. Acesso em: 18 mar. 2022.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 113. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597172/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

que é um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei.⁸

Embora o Direito Penal exista desde os primórdios da humanidade, apenas no século XIX surgem teorias voltadas a estruturar a matéria como sistema orgânico⁹. O nascimento da dogmática jurídico-penal ocorre no auge do movimento positivista científico. Nesse contexto histórico, a ciência assume papel central, porque julga-se que ela é capaz de solucionar todos os problemas da sociedade e do indivíduo. Entende-se que a verdade somente será alcançada através da ciência e, para tal, deve o campo científico se ater tão somente aos fatos, empiricamente considerados, rechaçando qualquer consideração de origem metafísica. Uma vez que o valor é um ente metafísico, é inaceitável¹⁰. A produção científica estaria restrita ao método causal explicativo, o qual consiste na observação e análise de fatos, a fim de encontrar fórmulas que descrevam as causas eficientes para gerar determinado evento. Essas ideias são fundadas no terreno das ciências naturais, mas vão aos poucos estendendo-se a outros domínios.

Em relação ao mundo jurídico criminal, o positivismo o toca primeiramente ainda num viés estritamente científico. Com base na depuração da ciência de quaisquer valores e na supremacia do método causal explicativo, há o desenvolvimento da Criminologia como ciência autônoma. Dedicando-se ao exame de criminosos, Cesare Lombroso, pioneiro criminólogo, buscou identificar as anomalias e estigmas físicos do que referiu ser o “homem delinquente”, com intuito de que estas características comuns constituíssem as verdadeiras causas para explicar o fenômeno da criminalidade.

Após, no Direito Penal, o positivismo científico se transforma em positivismo jurídico¹¹. Divergindo da visão criminológica, parcela da doutrina penal entende que o delito não deve ser examinado na realidade fática, mas no mundo jurídico. A legislação serve de substrato material passível de observação científica. Nessa fase inicial, o direito positivo constitui o único objeto de estudo da incipiente dogmática penal, a qual o descreve e o classifica, a fim de estruturá-lo

⁸ ZAFFARONI; PIERANGELI. op. cit., p. RB-4.1.

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. v. 1. São Paulo: Atlas, 2021. p. 19. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597028102/epubcfi/6/26\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml11\]!/4/770/1:544\[hei%2Ca.\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597028102/epubcfi/6/26[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml11]!/4/770/1:544[hei%2Ca.]). Acesso em: 21 fev. 2022. p. 33.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 126. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/34/1:15\[Reg%2Cis\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/34/1:15[Reg%2Cis]). Acesso em: 28 fev. 2022.

¹¹ Ibidem, p.126

em um sistema através do método indutivo¹². Denota-se o caráter puramente normativista, expurgando-se qualquer noção axiológica. Com isso, a validade da norma está vinculada tão somente ao respeito às formas do processo de criação estabelecido pela ordem jurídica interna, sem qualquer juízo sobre o seu conteúdo ou sentido¹³. Em relação aos elementos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) do delito, a lição de Luiz Regis Prado acerca do conceito clássico: “[a] tipicidade é descrição tão somente objetivista da conduta. De sua vez, a ilicitude se apresenta como pura contrariedade à ordem jurídica e a culpabilidade como a relação psicológica, subjetiva, entre o agente e o resultado”¹⁴.

Esse formalismo exacerbado, que desprezava o conteúdo material da norma, a interação dela com o mundo dos fatos e pretende que o objetivo do Direito Penal consista na sistematização pelo método indutivo, mostrou-se insustentável com o evoluir dos tempos, levando à derrocada do positivismo. A seguir, inaugura-se um novo período epistemológico do Direito Penal, o que ficou conhecido como a moderna dogmática penal. Desse momento participam diferentes teorias: modelo neokantista, finalismo e funcionalista.

No fim do século XIX, em reação ao pensamento positivista, surgem dois movimentos filosóficos que, retomando a metafísica, propuseram diferenciar as ciências naturais e as ciências espirituais: o historicismo, em razão do objeto, e o neokantismo, em virtude do método. O neokantismo caracteriza-se pelo retorno, como o próprio nome indica, à produção literária de Kant, servindo seus ensinamentos de sustento para a pesquisa na Filosofia, e se estabelece com predominância na Alemanha a partir de 1860¹⁵. Sem romper totalmente com o positivismo, o movimento inova ao observar que o método positivista, típico das ciências da natureza, não possui capacidade de explicar o objeto em suas particularidades e, com isso, revela a insuficiência deste para as ciências do espírito. Sobre a questão, valiosos os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha:

Deste modo, a teoria neokantista representa a substituição dos valores experimentalistas, próprio das ciências naturais, pelos valores metafísicos, ou seja, pela valoração dos fenômenos (método axiológico). Trata-se de um rompimento com o monismo metodológico do positivismo, que acreditava que todas as ciências

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 113. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597172/>. Acesso em: 17 mar. 2022. p. 106-107.

¹³ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 127. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/34/1:15\[Reg%2Cis\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/34/1:15[Reg%2Cis]). Acesso em: 28 fev. 2022.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Ibidem, p. 128.

deveriam ser analisadas através de uma mesma forma de observação (a forma causal).¹⁶

Para o neokantismo, a ênfase do direito está no *dever ser* e não no *ser*, atribuindo-lhe uma dimensão valorativa, cujos valores não são intrínsecos ao objeto, mas fruto de concepções subjetivas e culturais. Nessa esteira, “o Direito não pode ser tratado pelo prisma da causalidade, visto que não integra o mundo natural em que o passado determina o futuro, mas sim o mundo teleológico, da finalidade, do querer”¹⁷.

Embora as considerações neokantistas tenham sido importantes para o Direito Penal, em especial, contribuindo para a evolução da teoria geral do delito, critica-se o fato de não ter conseguido definir precisamente o conteúdo valorativo, de tal maneira que extremo era o subjetivismo epistemológico e o relativismo axiológico. Tal imprecisão conduzia à insegurança na aplicação das normas penais.

O finalismo, teoria elaborada por Hans Welzel, apresenta-se em orientação diametralmente oposta ao formalismo do positivismo jurídico e ao relativismo axiológico do neokantismo. Sua crítica aos dois movimentos filosóficos que o antecedem pode ser resumida em dois pontos principais: quanto ao positivismo, refuta que o objeto da dogmática penal seja o direito positivo e, quanto ao neokantismo, reputa volátil a noção de valores atribuída ao direito¹⁸. Tal como assinala Prado, a orientação finalista “refuta o positivismo formalista (lógico-abstrato) e o realismo axiológico das épocas precedentes, substituindo-os por uma consideração ontológica (e valorativa) dos problemas”¹⁹.

A concepção deste movimento propõe, alternativamente, a existência de pressupostos materiais que antecedem qualquer valoração dada pelo homem. Nesse passo, a ordem real não está determinada por categorias mentais, que são criações humanas, mas pela própria realidade, na qual o homem está inserido. Destarte, o objeto cognoscível conta com estruturas lógico-objetivas, isto é, inerentes ao mundo real (ôntico) e à própria constituição daquele objeto, que são evidenciadas por meio da lógica concreta. Essas estruturas são determinantes para a maneira com que conhecemos a realidade. Por isso, o conhecimento da realidade não deve partir do

¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral: arts. 1º ao 120. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 177.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 129. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10\[3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/34/1:15\[Reg%2Cis\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10[3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/34/1:15[Reg%2Cis]). Acesso em: 28 fev. 2022.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 113. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597172/>. Acesso em: 17 mar. 2022. p. 62.

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 133.

método, como se o objeto a ele se amoldasse, conforme pensamento neokantista, mas sim do objeto, que, pela sua natureza, determinará o método.

Salienta-se que na teoria finalista, embora a diretriz adotada seja eminentemente ontológica, não se abandona o aspecto axiológico²⁰. Na verdade, é justamente um critério valorativo - o respeito à dignidade da pessoa humana - que se apresenta como elemento precípua e fundamento derradeiro do finalismo²¹. Enquanto, para o neokantismo, o significado valorativo de algo está na dicção dada pelo homem, para Welzel, de cunho objetivista, reside no próprio ser, portanto, precedente a qualquer consideração humana.

Decorre de tais considerações a limitação ontológica ao arbítrio do legislador e da ciência, posto que, independentemente da vontade, restam ambos vinculados à natureza das coisas. Ainda hoje, a doutrina concorda com a existência dessa vinculação, conquanto ressalve que não é absoluta²².

Na dogmática jurídico-penal, vê-se, com maior ênfase, a contribuição da teoria finalista em relação à noção de que a ação humana está dirigida pela finalidade, não se tratando de causalidade. Desse modo, está-se a oferecer um norte estável tanto para interpretação quanto para aplicação das normas penais, promovendo, conseqüentemente, segurança jurídica. O autor, justamente, vem a indicar este conceito de ação como primeira estrutura lógica-objetiva, cuja concepção encontra-se radicada na ideia de que o homem é um ser livre e responsável²³. Com isso, pretende-se dizer que ele se autodetermina a um sentido com capacidade de antever com considerável precisão as conseqüências de sua conduta. A ação, por conseqüência, é o seu agir voluntário e consciente com propósito de provocar determinado fim. Até então, a ação recebia caráter primordialmente mecânico, visto que era concebida como o resultado no mundo exterior de um conjunto de causas singulares de cada caso. A partir dessa nova definição de ação, tem-se que o Direito não pode restringir a liberdade da atuação da pessoa, mandando ou proibindo quaisquer condutas, mas apenas a conduta final. Com perspicácia, Cerezo Mir explica este raciocínio:

A adoção do critério valorativo da concepção do homem como um ser responsável destaca como essencial para a valoração jurídica, a estrutura final da ação humana. Se o Direito vincula as conseqüências jurídicas a uma ação, deverá respeitar sua estrutura lógico-objetiva. A valoração jurídica há de recair então, necessariamente, sobre a

²⁰ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 133. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/34/1:15\[Reg%2Cis\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/34/1:15[Reg%2Cis]). Acesso em: 28 fev. 2022.

²¹ *Ibidem*, p. 134.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, p. 133.

unidade final-causal da ação. Não pode recair sobre o lado causal sob pena de incorrer em uma contradição não puramente lógica, mas sim lógico-objetiva.²⁴

Ademais, Welzel confia ao Direito Penal a missão de proteção de valores ético-sociais mais elementares à vida humana. Nessa direção, deve permanecer em constante vigia e reagir, aplicando a pena ou medidas de segurança, quando se deparar com atos gravemente ostensivos a tais valores. Ao realizar tal proceder, está se abarcando também a proteção a bens jurídicos individuais, contudo, há de se esclarecer que não é esse o seu fim. Para elucidar a questão, oportuno colacionar excerto da sua obra:

A missão central do direito penal reside, então, em assegurar a valia inviolável desses valores, mediante a ameaça e aplicação de pena para as ações que se apartam de modo realmente ostensivo desses valores fundamentais no atuar humano. O direito penal fixando pena aos atos que realmente se afastam de uma atitude conforme o direito, ampara, ao mesmo tempo, os bens jurídicos, sancionando o desvalor do ato correlativo.²⁵

Percebe-se que as teorias abordadas até o momento (positivismo, neokantismo e finalismo) trazem importantes pontos positivos para evolução da dogmática jurídico-penal, embora cada qual à sua maneira carregue problemas. Diante desse cenário, a partir da segunda metade do século XX, desenvolvem-se correntes dogmáticas cuja proposta consiste em nova configuração teórica que congrega aspectos aparentemente conflituosos das teorias anteriores. Essas correntes pós-finalistas possuem como características comuns a renormalização do sistema e a aplicação de método funcionalista²⁶. Essa orientação, a qual se chama funcionalista, se desdobra em dois movimentos: normativismo teleológico-funcional, de Roxin, que agrega ao sistema jurídico-penal aspectos teleológicos e axiológicos, e o normativismo radical, de Jakobs, que prega a renormatização integral do sistema penal²⁷.

O cerne do normativismo de Roxin está na concepção da sistematização teleológica da dogmática do Direito Penal em sentido da sua função, isto é, estruturação do sistema penal de

²⁴ MIR, Cerezo apud PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. v. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 134. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/34/1:15\[Reg%2Cis\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/34/1:15[Reg%2Cis]). Acesso em: 28 fev.. 2022.

²⁵ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 29.

²⁶ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 136. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/34/1:15\[Reg%2Cis\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/34/1:15[Reg%2Cis]). Acesso em: 28 fev. 2022.

²⁷ Idem.

modo a atender aos fins que o legitimam²⁸. Para o autor, com a finalidade de assegurar a convivência pacífica social, o Direito Penal atua protegendo os bens jurídicos mais fundamentais para sociedade. Ele defende que a elaboração de conceitos jurídico-penais nessa orientação está balizada por limites, de ordem empírica e valorativa, bem como as normas estariam abertas à interpretação por princípios político-criminais.

O normativismo teleológico-funcional de Roxin pressupõe a necessária identificação entre o Direito Penal e os fins político-criminais. Por isso, a resposta dada ao caso concreto precisa ser reconduzida quando, em razão da aplicação dedutiva-formal da legislação, afrontar os princípios garantistas ou se desviar das finalidades político-criminais²⁹. Dito de outro modo: a operação lógica extraída do direito positivo pode conduzir à resposta teratológica, mas ela será afastada porque incompatível com o sistema penal, organizado em orientação funcionalista. Acatando-se esse procedimento, a justiça, em última instância, resta assegurada. Nos dizeres do teórico, “quando as finalidades regentes do sistema convertem-se diretamente em configuradoras do sistema, fica garantida de antemão a justiça na decisão do caso concreto [...] já que toda constelação de casos é reconduzida ao fim da lei”³⁰.

Seguindo essa perspectiva, o sistema penal não é fechado e estático, mas justamente o contrário: para cumprir a função a que se destina, precisa estar aberto a considerações valorativas e em constante remodelação. Se as transformações sociais e culturais modificam fins e valores, os quais devem ser perseguidos pelo Direito Penal, outra não é a conclusão de que permanente sua capacidade de se readequar. Nota-se que sua construção teórica se comunica com a tradição metodológica do neokantismo, mas revitalizada em matriz principiológica garantista e teológica preventiva³¹.

Também em concepção normativista, Jakobs, em 1983, radicaliza o critério funcional ao sustentar que este encontra-se interno ao sistema penal e é absoluto. Para o autor, a tarefa do Direito Penal é a conservação das expectativas essenciais ao funcionamento da vida em sociedade, sendo por isso legitimado materialmente, enquanto sua função, a reafirmação da vigência da norma. Por isso, embora defenda que a sistematização do Direito Penal deva ser

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 141. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597172/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

²⁹ Idem.

³⁰ ROXIN, Claus apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 141. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597172/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 141. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597172/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

realizada com norte em sua função, tal como Roxin, inova ao concebê-la sem qualquer dimensão exterior ao sistema. Raciocina-se que, no momento em que o legislador criou a norma penal, provocou-se nas relações sociais expectativa legítima de que deve ser respeitada, e, se alguém pensar o contrário, violando-a, deve ser punido o infrator, a fim de reforçar a ele e a todos os demais que está sim em pleno vigor. Em Jakobs, existe uma visão simbólica do Direito Penal.

No normativismo radical, o sistema penal se caracteriza por ser fechado e autorreferente³². Isso porque, por um lado, não admite limites externos e, por outro, tem como referencial um critério interno ao próprio sistema. O bem jurídico-penal no normativismo-sistêmico de Jakobs carece de conteúdo material e função crítica ao Direito Penal, pois, independentemente do delito, o seu significado continua sempre o mesmo: a validade fática das normas. O professor Cezar Roberto Bitencourt, em suas considerações críticas ao normativismo radical de Jakobs, frisa sua dificuldade em apresentar os limites ao poder punitivo estatal e o esvaziamento da função crítica da dogmática³³.

Considerando a existência de diferentes concepções na dogmática epistemológica, mesmo em sua fase mais contemporânea, mostra-se imperioso elucidar sob qual referencial teórico se apresenta o presente estudo. Diante de tal questão, esclarece-se que, neste trabalho, adota-se a construção teórica elaborada por Roxin. Conforme abordado, o autor alemão demarca como função primordial do Direito Penal a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes para a coletividade, sendo todo o sistema construído com essa orientação. Ainda que tal escolha seja discricionária, há de se ressaltar que a doutrina é pacífica em admitir que o delito lesa ou ameaça de lesão os bens jurídicos³⁴.

2.2 BEM JURÍDICO-PENAL

O termo *bem*, isoladamente, denomina algo, corpóreo ou não, que importa a alguém, que é capaz de despertar interesse, de ser útil, por possuir valor. Nas palavras de Francisco de Assis Toledo, a palavra pode ser definida, de forma ampla, como “tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso. [...] Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 141. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597172/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

³³ Ibidem, p. 65.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 19.

dotados de ‘valor’, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’³⁵.

Nessa perspectiva, os bens se qualificam como jurídicos quando, diante do seu acentuado valor ou significado social, reclamam atenção do direito. Nessa direção, está a lição de Ângelo Roberto Ilha da Silva, para quem o descreve como “o bem que, por ser relevante para o direito, entrou para o mundo jurídico”³⁶. Ainda assim, precisar o conceito de bem jurídico no Direito Penal não é tarefa fácil, havendo considerável controvérsia doutrinária, como assinala Luiz Régis Prado³⁷.

Birnbaum, em 1834, foi o responsável por introduzir a noção de bem no âmbito jurídico-penal, ao considerar que o delito lesiona um bem, cuja raiz se encontra fundada no plano fático, em oposição ao entendimento até então consolidado de que o crime ofendia um direito³⁸. Conforme o autor, o bem poderia ser de ordem pessoal, quando pertencente a determinadas pessoas, ou coletiva, se instituído na ideia de bem comum do povo³⁹. Todavia, não se pode deixar de mencionar que não cunhou explicitamente a expressão “bem jurídico”, mas sim formulou descrições que se identificam com o conceito⁴⁰.

Após meio século adormecida a questão, Karl Binding a retoma. Na terça parte final do século XIX, diferenciando-os de direitos subjetivos, define bens jurídicos como “condições de uma vida juridicamente saudável, na qual a paz permanece sem ser perturbada; os sujeitos de direito se desenvolvem livremente e, ao mesmo tempo, de forma moderada e absoluta; e em que os direitos podem ser exercidos de maneira tranquila e sem obstáculos”⁴¹. Para ele, ao redor dos bens jurídicos, as normas penais se estabelecem, conferindo-lhes proteção. A violação a este manto protetivo configura-se no fato punível. Ainda quanto aos bens jurídicos, atribuiu ao legislador a competência para determiná-los, bem como asseverou que são dotados de valor comunitário jurídico⁴².

³⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

³⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 36.

³⁷ PRADO, Luiz Régis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 20.

³⁸ JAKOBS, Günther; ALFLEN, Pablo Rodrigo (trad.). **Proteção de bens jurídicos?** sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018. p. 35.

³⁹ *Ibidem*, p. 32.

⁴⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 46.

⁴¹ BINDING, Karl apud JAKOBS, Günther; ALFLEN, Pablo Rodrigo (trad.). **Proteção de bens jurídicos?** sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018. p. 34 e ss.

⁴² BINDING, Karl apud JAKOBS, Günther; ALFLEN, Pablo Rodrigo (trad.). **Proteção de bens jurídicos?** sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018. p. 36.

Franz von Liszt irá, de forma moderada, contrapô-lo, desenvolvendo uma dimensão material do injusto penal. Para ele, os bens jurídicos são interesses vitais individuais ou coletivos protegidos pelo direito. Com efeito, defende que esses interesses da vida humana existem no mundo real antes de existirem no mundo jurídico⁴³. Ao direito, incumbe a atividade de reconhecê-los e protegê-los. Nos seus dizeres, “a proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística, a força que o produz”⁴⁴.

Há em Binding a concepção de direito objetivo, bem jurídico como um bem *do direito*, que o legislador cria, e, em Liszt, um direito subjetivo, bem jurídico como bem *do homem*, que o legislador encontra. De um lado, o jusracionalismo positivista, de outro, o positivismo naturalista. De qualquer modo, ambas acepções conduzem ao igual resultado de que “a determinação sobre o injusto é confiada ao direito positivo”⁴⁵. Na atuação da política criminal pelo Estado, a norma constitui o instrumento pelo qual se indica certo bem - e não outro - como merecedor da esfera de proteção.

No século XX, influenciada pelo neokantismo, desenvolve-se a concepção teleológica-metodológica do bem jurídico⁴⁶. Pressupõe-se a existência de valores culturais, assentados em necessidades individuais socialmente predominantes, os quais se transmudariam em bens jurídicos “quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica”⁴⁷. Conforme essa construção normativista e espiritualista, a partir da finalidade da norma legal que se extrai o bem por ela tutelado. É “um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal”⁴⁸. O proceder para encontrá-lo vem a ser resultado da interpretação teleológica do tipo penal⁴⁹. Vale dizer: primeiro vem a norma, depois o bem jurídico. Assim concebido, trata-se de uma criação discricionária do legislador, pois floresce e sobrevive tão somente enquanto a norma permitir. O delito está desassociado da noção limitadora de bem jurídico e, conforme afirma Luis Flávio Gomes, “passa a ser constituído (a) pela violação de um dever, ou (b) pelo desvalor de uma intenção interior, ou (c) pelo rompimento da fidelidade do sujeito ou, ainda, (d) pela violação de um valor cultural”⁵⁰.

⁴³ Idem.

⁴⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. Campinas: Russell, 2003. p. 139.

⁴⁵ JAKOBS, Günther; ALFLEN, Pablo Rodrigo (trad.). **Proteção de bens jurídicos?** sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018. p. 37.

⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 17.

⁴⁷ Ibidem, p. 20.

⁴⁸ Ibidem, p. 18.

⁴⁹ Ibidem, p. 20.

⁵⁰ GOMES, Luiz Fávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 80.

Já Welzel, com caráter mais objetivista, conceitua bem jurídico como o “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”⁵¹. Para ele, o Direito Penal protege apenas a fração mais importante dos bens jurídicos, aqueles “incompatíveis com a existência de uma comunidade eticamente organizada”⁵². Oportuno reforçar, tal qual já adiantado no subcapítulo anterior, que, na sua concepção, o Direito Penal visa à tutela de valores ético-sociais fundamentais.

Para Claus Roxin, os bens jurídicos não carregam, em si próprios, sentido⁵³. Com efeito, ele os define como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.⁵⁴ As circunstâncias reais dadas são aquelas que existem antes mesmo de o legislador as anunciar (a vida, por exemplo), enquanto as finalidades são criadas pelo legislador (tal como, refere este autor, “as pretensões no âmbito do Direito Tributário”⁵⁵). Adverte Roxin que, nesse processo legislativo, o conteúdo da norma penal não fica à sorte do livre sentir do legislador, mas vinculada aos limites impostos pelo bem jurídico, constituindo, portanto, um requisito de legitimidade⁵⁶. Embora prescindam de materialidade física no mundo natural, os bens jurídicos participam efetivamente da realidade empírica, na medida em que sua diminuição acarreta prejudicialidade à vida em sociedade⁵⁷.

Visão diversa apresenta Jakobs, que categoricamente afirma: “a vigência da norma é, na verdade, o bem jurídico penal”⁵⁸. Manifesta sua crítica acerca da existência do que entende ser uma confusão conceitual entre bens jurídicos e motivos da norma, asseverando que os bens comumente indicados como bens jurídicos - tal como a vida, saúde, liberdade, etc. - são apenas a representação de um fim⁵⁹.

Mesmo diante das múltiplas concepções de bem jurídico, fato é que, após deflagrado que as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial estavam sob o abrigo da legislação alemã, a ciência do Direito Penal se preocupou em atrelar esse ramo do direito a bens jurídicos,

⁵¹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte geral. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997. p. 5.

⁵² WELZEL apud JAKOBS, Günther; ALFLEN, Pablo Rodrigo (trad.). **Proteção de bens jurídicos?** sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018. p. 47.

⁵³ ROXIN, Claus. **A Proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 18.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Ibidem, p. 19.

⁵⁶ Ibidem, p. 20.

⁵⁷ Ibidem, p. 18.

⁵⁸ JAKOBS, Günther; ALFLEN, Pablo Rodrigo (trad.). **Proteção de bens jurídicos?** sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018. p. 47.

⁵⁹ Idem.

distanciando o objeto da norma penal da seara da política, da moralidade, da religião e de discursos ideológicos. Como exemplo nítido da vitória da teoria da proteção de bens jurídicos na política criminal alemã, Roxin cita alteração do título “Delitos e contravenções contra a moralidade” para “Fatos puníveis contra a autodeterminação sexual” do Código Penal daquele país⁶⁰, pois a mudança revela que a moralidade não deve ser mais utilizada pelo legislador como critério para estabelecer as condutas penalmente puníveis. Há marcas dessa nova perspectiva também na legislação penal brasileira, inclusive, em relação à situação semelhante, visto que a Lei nº 12.015/2009 promoveu alteração do Título VI do Código Penal para “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Sobre essa modificação legislativa, Guilherme de Souza Nucci tece comentários:

Não havia mais sentido, nos dias de hoje, a vetusta nomenclatura de crimes contra os costumes, evidenciando o recato e a moralidade no contexto da sexualidade, incompatíveis com os avanços obtidos nas últimas décadas. Portanto, o que se pretende tutelar é a dignidade sexual, no mesmo prisma da dignidade da pessoa humana, na ótica do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF).⁶¹

Em um Estado Democrático de Direito, a finalidade precípua do Direito Penal é a “coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”⁶². Essa concepção de Roxin, tal como assentado no subcapítulo anterior, que irá servir de base para a presente pesquisa. O indivíduo tem sua liberdade assegurada pelo Estado, o qual só fará uso do *jus puniendi* caso o exercício de tal liberdade vá de encontro à manutenção da convivência harmônica. A concreção desse fim ocorre através da criação e aplicação das normas jurídico-penais, que, obrigatoriamente, voltam-se à proteção de bens jurídicos. Inobstante não estejam todos os bens jurídicos penais previstos expressamente na Constituição, gozam de substância constitucional. Comungando desse entendimento, Ângelo Roberto Ilha da Silva afirma categoricamente que:

Sob tal quadrante podemos afirmar que os bens jurídico-penais deverão estar pressupostos na Constituição, quando expressamente consagrados (de forma positiva e impositiva), ou dela deduzidos mediante uma análise sistemática e teológica, ou seja, excluindo-se as vedações impostas a certas incriminações, explícitas ou implícitas, e averiguando-se se a tutela de determinado bem não se põe em conflito com os valores

⁶⁰ ROXIN, Claus. **A Proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 12.

⁶¹ NUCCI, Guilherme. **Crimes contra a dignidade sexual**: as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009. [S.I.] 2014. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/crimes-contra-dignidade-sexual-alteracoes-trazidas-pela-lei-12-0152009/>. Acesso em: 18 mar. 2022.

⁶² ROXIN, Claus. op. cit., p. 16.

que a Carta Política visa a afirmar e resguardar, ou melhor, contribui-se para uma implementação efetiva dos valores constitucionais.⁶³

Decorre dessa constatação o dever do legislador penal em se nortear pela Carta Magna e pelos valores nela consagrados para eleger os bens jurídicos que merecem a tutela penal. Então, com lastro constitucional, busca-se identificar os bem jurídicos mais fundamentais, os quais o legislador tem autorização para proteger através de normas penais. Desse modo, embora a concepção de bem jurídico-penal não tenha sentido pacífico na doutrina, o caminho para identifica-los está na Constituição Federal.

Assim, constata-se a multiplicidade de concepções de bem jurídico-penal na doutrina. Há convergência, todavia, que esses bens são considerados jurídicos, em razão de considerável relevância para sociedade. Quando esse valor social for especialmente elevando, consagrado – explícita ou implicitamente na Lei Maior, justifica-se a proteção pelo Direito Penal, ramo que prevê as repreensões mais severas. De tudo isso, nota-se a importância do bem jurídico para aferição de legitimidade do *jus puniendi*. Com base no Direito Penal pensado com função protetiva a bens jurídicos, está consideração de que o fato punível precisa ser apresentar ofensa a um bem jurídico-penal, ideia que se pretende detalhar melhor no capítulo seguinte. Por ora, resta ainda discorrer sobre tipicidade, uma vez que a subtração de cartão de crédito será considerada fato típico, se a tipicidade material for encontrada.

2.3 TIPICIDADE

O Direito Penal tem como função precípua a tutela de bens jurídicos fundamentais. Aceita essa posição, que é a adotada por essa pesquisa, com base na teoria funcionalista-teleológica, de Roxin, perquiriu-se o que seriam esses bens jurídicos merecedores da proteção na esfera penal. Constatou-se, então, tratar-se de expressão com sentido equívoco, que provoca acirrada discussão no território científico-acadêmico. Ainda assim, percebe-se que, pelo menos em certa medida, há senso comum quanto à necessidade de que o bem jurídico carregue elevada consideração social e que seja imprescindível para estabilização das relações da vida em comunidade.

Para se impor contra as condutas incompatíveis com coexistência social pacífica, protegendo os bens jurídicos elementares, cria-se o crime e pune-se quem vier a cometê-lo.

⁶³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 88.

Conquanto possa soar estranho à primeira vista que o crime seja uma ficção e não um fenômeno natural, há de se convir que uma conduta, por mais inaceitável que possa ser, não é nada mais que um fato até ser valorado negativamente pelo contexto social a tão extremo que o Estado, pressionado, passa a concebê-lo como delito através da lei. Por mais que o delito, em essência, seja “ofensa a um bem jurídico”⁶⁴, qualquer prática só pode ser reconhecida socialmente criminosa quando prevista pela legislação.

Nessa ótica, professa Julio Fabbrini Mirabete:

Como o Estado, através do ordenamento jurídico, quer sancionar com penas as condutas intoleráveis para a vida em comunidade, tutelando os bens jurídicos fundamentais, poderia fazê-lo com uma norma geral que permitisse a aplicação de sanções penais a todos aqueles que praticassem um fato profundamente lesivo a esses bens. Nessas condições, porém, os destinatários da norma não poderiam saber exatamente quais as condutas que estariam proibidas nem o juiz poderia saber quais penas deveria impor. Por isso, a lei deve especificar exatamente a matéria de suas proibições, os fatos que são proibidos sob ameaça de sanção penal, ou seja, o que é considerado crime.

Segundo a teoria tripartida do delito, adotada aqui por ser aquela majoritariamente acolhida pela doutrina e jurisprudência, o crime compõe-se por três elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade⁶⁵. Trata-se de concepção analítica, em que o delito é decomposto em suas partes constitutivas. Conquanto o crime seja algo uno, a melhor forma de examiná-lo, seja numa proposta didático-pedagógica, seja científico-sistemática, ocorre com o destaque de seus distintos aspectos.

Discorrendo sobre conceito analítico de crime, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci dissecou o significado dos seus componentes:

[A]ção ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade, onde estão contidos os elementos subjetivos dolo e culpa), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (culpabilidade).⁶⁶

Levando-se em conta o objetivo desta monografia, consistente na análise deste componente em relação à determinada situação, sinaliza-se que as considerações feitas a seguir irão recair exclusivamente sobre o elemento da tipicidade. A partir do tipo penal, ela realizará

⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 113.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal**. 5. ed. v. 1. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 247.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 105

a separação, tal qual como um filtro, entre os fatos naturais sem relevância penal e os fatos cujo desvalor reclama, em princípio, a ameaça punitiva penal. Forçoso trazer a definição e a relação de tipo penal e tipicidade para completo entendimento da matéria.

O conceito de tipo penal é a “descrição abstrata de uma conduta”⁶⁷. É só depois de o tipo existir em lei que o fato se torna crime, pois, como reza o brocardo, *se nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Ainda, assevera Prado que “o tipo legal vem a ser o modelo, imagem ou esquema conceitual da ação ou da omissão vedada, dolosa ou culposa”⁶⁸. Na elaboração do tipo legal, exige-se que o legislador descreva as condutas, sejam comissivas ou omissivas, de modo detalhado, individualizado e em termos claros. Através disso, está-se a indicar não só o bem jurídico protegido, mas em que medida, isto é, qual a lesão ou perigo selecionada para receber a medida sancionadora penal.

Sobre essa questão, toma-se nota da lição de Luiz Vicente Cernicchiaro:

Impõe-se descrição específica, individualizadora do comportamento delituoso. Em outras palavras, a garantia há de ser real, efetiva. Uma lei genérica, amplamente genérica, seria suficiente para, respeitando o princípio da legalidade, definir-se como delito qualquer prejuízo ao patrimônio ou a outro bem jurídico. Não estaria, porém, resguardado, efetivamente, o direito de liberdade. Qualquer conduta que conduzisse àquele resultado estaria incluída no rol das infrações penais.⁶⁹

Há duas funções, apontadas por Julio Fabbrini Mirabete, do tipo penal: garantia e indicativo da antijuridicidade do fato⁷⁰. Sustentado no princípio da legalidade, o tipo penal sempre está positivado na legislação. Ao consultá-la, o cidadão pode identificar facilmente quais ações e omissões conduzem à sanção penal e qual a penalidade prevista, impugnando eventual arbítrio estatal que extravase os limites impostos pelo tipo. Além disso, ele revela que o fato, em tese, é antijurídico. O tipo prescreve um fato contrário ao ordenamento jurídico, mas a antijuridicidade poderá ser afastada concretamente quando existir alguma excludente (por exemplo, legítima defesa).

⁶⁷ Ibidem, p. 306.

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 155. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/34/1:15\[Reg%2Cis\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/34/1:15[Reg%2Cis]). Acesso em: 28 fev. 2022.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. p. 107. Language: Portuguese.

⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 35 ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2021. p. 116. Language: Portuguese.

Opera-se a investigação sobre se determinada conduta é criminosa com a verificação inicial se ela preenche algum tipo penal⁷¹. Contudo, não são todos os tipos penais que descrevem fatos criminosos. Alguns, classificados como permissivos ou justificadores pela doutrina, irão descrever situações em que o fato típico está autorizado pelo ordenamento jurídico, por entender o legislador que a conduta, nesse caso, está justificada⁷². Os demais tipos penais, que são a maioria absoluta, descrevem condutas proibidas.

Por seu turno, a tipicidade é o fenômeno de correspondência da conduta da vida real com o fato descrito no tipo penal. Nas palavras de Fernando Capez, “é a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal)”⁷³. A averiguação da tipicidade realiza-se através de um exercício comparativo. Confronta-se o fato ocorrido no mundo natural com fato abstrato previsto no tipo legal. Se há correspondência entre ambos, diz-se que está presente a tipicidade e, por consequência, o fato é típico. Senão, incorrente está a tipicidade e, por conseguinte, o fato em nada desperta interesse penalmente, o que não quer dizer que será desimportante para outros ramos do direito⁷⁴. A tipicidade se desdobra em formal e material. Apenas quando preenchidos seus dois aspectos, estar-se-á diante de um fato típico.

A tipicidade formal diz respeito à adequação da descrição do fato real à letra fria da lei. Em outras palavras, há o enquadramento formal da conduta ao tipo legal. Isso significa que os dados do tipo incriminador foram encontrados na conduta. Os dados típicos podem ser elementares, quando sua inoocorrência implica atipicidade, ou circunstanciais, quando servirem apenas para dosagem da pena. À guisa de ilustração, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira refere-se ao termo *outrem* como dado elementar da lesão corporal e o *repouso noturno* como dado circunstancial do furto⁷⁵. Nesse sentir, a autolesão não é fato típico, pois aquele tipo legal estabelece que a ofensa a integridade corporal deve ser dirigida a *outrem*⁷⁷. Já o repouso noturno trata-se de dado circunstancial, porquanto sua ocorrência influi na pena do agente, mas não descaracteriza o injusto penal como tal.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**. parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal. 5. ed. v. 1. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 305.

⁷² CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 107.

⁷³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. p. 107. Language: Portuguese.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 367.

⁷⁵ § 1º do art. 155 do Código Penal: A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

⁷⁶ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013.

⁷⁷ Art. 129 do Código Penal: Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

A tipicidade material diz respeito à existência de ofensa ao bem jurídico tutelado pelo tipo incriminador. Ela está vinculada ao conteúdo da norma proibitiva⁷⁸. Assim, será apurada se há adequação do fato quanto à lesão ou risco ao bem jurídico-penal. Como leciona Cezar Roberto Bitencourt, o bem jurídico é o ponto de partida da estrutura e interpretação dos tipos penais, servindo sua proteção de critério material seguro para criação e interpretação dos crimes⁷⁹. Mas não só. Revela-se também extremamente necessário no juízo de tipicidade. Afinal, não seria coerente conceber um sistema penal orientado para a proteção dos bens jurídicos, que no plano da realidade aceita como delituosa ação ou omissão que nada venha a ofendê-los (princípio da ofensividade) ou que a lesão causada seja mínima (princípio da insignificância). A tipicidade, por conseguinte, apresenta a ofensividade como requisito material. Nas palavras de Junqueira, para operação que pretende ver a tipicidade material do fato natural se “exige a valoração do fato para que se avalie se se encontra no âmbito de proteção de determinada norma penal, ou seja, se foi praticada conduta que o tipo buscava alcançar”⁸⁰. Isso significa que deve ser analisado se houve real lesão ou perigo de lesão na situação fática a que se atribui delituosa. Com a maestria que lhes é peculiar, palestram Eugênio Pacelli e André Callegari: “a tipicidade formal, isto é, a subsunção do fato à norma, constitui apenas o ponto de partida; o ponto de chegada, porém, será o juízo de tipicidade material, com efetiva violação ao bem jurídico protegido”⁸¹.

Ainda acerca da tipicidade, cabe também mencionar a teoria da tipicidade conglobante, elaborada por Zaffaroni e Pierangeli, a qual apregoa que a conduta típica precisa ser contrária ao ordenamento jurídico como um todo. Todo fato típico, por consequência, seria antinormativo. Desse modo, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, classicamente vistos como excludentes de ilicitude, conduziriam à atipicidade da conduta⁸². Todavia, cabe ressaltar que essa teoria não tem sido acolhida pela doutrina

⁷⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. op. cit.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 370.

⁸⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013.

⁸¹ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. Ebook. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025132/>. Acesso em: 08 abr. 2022.

⁸² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. p. 112. Language: Portuguese.

majoritária, justamente por misturar tipicidade e ilicitude, que são de níveis axiológicos diversos e sucessivos, causando mais confusão do que clareza⁸³.

Há de se ter em vista que o escopo deste trabalho é a verificação da tipicidade na conduta de subtração de cartão de crédito. A discussão que orbita sobre esse fato diz respeito à sua capacidade de afetar o bem jurídico tutelado, assim, colocando em xeque se há tipicidade material. Notória, portanto, a relação entre tipicidade material e o princípio da ofensividade. Nesse sentido, faz-se imprescindível estudar com maior ênfase o referido, que norteia todo sistema jurídico penal.

⁸³ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 534. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/34/1:15\[Reg%2Cis\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/34/1:15[Reg%2Cis]). Acesso em: 13 mai. 2022.

3 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

3.1 NOÇÕES IMPORTANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Conceber o Direito Penal como instrumento de proteção dos bens jurídicos mais essenciais ao desenvolvimento do indivíduo e à manutenção da sociedade implica, sem dúvida, colocar o princípio da ofensividade em posição cardeal no sistema jurídico-penal. Isso porque o delito, sob essa ótica, se constitui como “fato ofensivo típico”⁸⁴: dano ou perigo a bens dotados de dignidade penal. Corolário lógico que, para gozar de relevância penal, exige-se a existência de necessária lesividade, que se projeta no legislador, no juiz e no intérprete.

Expressado pelo axioma latino *nullum crimen sine iniuria*, o princípio da ofensividade vincula a configuração do delito à perturbação contundente ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Outrossim, intolerável que seja caracterizada conduta como delituosa que sequer encostou no bem jurídico. Trata-se de implicação deontológica que, assim como todos os demais princípios que compõem um sistema penal garantista, constitui “condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena”⁸⁵. Isso significa que sua ausência implica a proibição de punição, funcionando, portanto, como limitador ao exercício da potestade punitiva.

Percebe-se que o holofote do fato típico se concentra, sobretudo, no resultado jurídico. Nesta esteira, importa frisar que o resultado jurídico difere do resultado naturalístico: este consiste em modificação exterior no mundo dos fatos (a morte, por exemplo, no caso do homicídio), enquanto a ocorrência daquele situa-se no mundo do direito (lesão à vida, por exemplo, no caso do homicídio). Embora a importância da ação - no sentido tanto de comissão como omissão - continue presente, posto que a lesão ou ameaça precisam ser decorrentes de conduta descrita no tipo penal incriminador, certamente, não só a ela se resume, na medida em que se mostra insuficiente, per se, para configurar o crime.

Com efeito, o princípio da ofensividade não apenas se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, como é intrínseco a esse modelo, cujo compromisso com os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos indistintamente apresenta-se entre seus elementos fundantes⁸⁶. Desse modo, o único Direito Penal que a ele se alinha tem índole

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2014.

⁸⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 68.

predominantemente objetivista, uma vez que fundado na proteção de bens jurídicos e na imprescindibilidade da correspondente ofensividade. Quando feita essa opção, repudiam-se alternativas puramente subjetivistas, típicas de modelos autoritários, que utilizam a política criminal para erigir ao status de crime atitudes que atentem tão somente a preceitos éticos e morais ou violações a deveres que destoam da orientação governamental⁸⁷. O Direito Penal subjetivista se caracteriza por se afastar de referências empíricas, negando a ação, e/ou por se basear no desvio do acusado, repelindo a ofensividade⁸⁸.

A Constituição brasileira de 1988 abertamente anuncia o modelo escolhido ao proclamar, já em seu artigo 1º, que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”. Em harmonia com esse modelo, alguns doutrinadores nacionais destacam que o delito como ofensa a um bem jurídico ostenta ressonância constitucional⁸⁹. Indica o professor Fabio Roberto D’Ávila que a ofensividade como exigência constitucional justifica-se tanto em âmbito exclusivamente principiológico quanto frente a regras constitucionais⁹⁰. Por um lado, a ofensividade se origina do reconhecido princípio geral fundamental da tutela de bens jurídicos, densificador do princípio originário do Estado de Direito. Por outro, o direito fundamental à liberdade, simultaneamente considerado princípio e regra constitucional, só se limita pela ponderação de bens com dignidade constitucional e por razão justificável e necessária, conduzindo à conclusão de que o exercício da tutela penal se restringe aos casos em que verificada ofensa a tais bens.

Sobre a harmonia entre Estado Democrático de Direito e princípio da ofensividade em visão constitucional, em precisa abordagem, discorre Luiz Flávio Gomes:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático (no sentido de que o povo é quem ostenta a máxima soberania, e não o legislador, que deve partir do reconhecimento da autonomia do homem, que é livre para orientar seu próprio destino) e de direito (que significa que o Estado não pode fazer nada fora dos limites fixados por ele mesmo), e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária quando recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade).⁹¹

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 12.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2014.

⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 84; D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69.

⁹⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69

⁹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 88-89.

Os efeitos limitadores da intervenção penal do princípio da ofensividade se projetam tanto na dimensão objetiva, a qual corresponde o *ius poenale*, quanto na subjetiva, que diz respeito ao *ius puniendi*. Na primeira dimensão, em que se situam normas penais, o princípio exige que o legislador, quando da criação dos tipos incriminadores, eleja como delito necessariamente práticas lesivas a bens jurídicos. Já na segunda, que corresponde ao direito de criminalizar, bem como de impor penas e executá-las, a ameaça do poder estatal de punir fica condicionada à ocorrência de lesão ou perigo de dano no caso concreto⁹².

3.2 CRIME DE DANO E CRIME DE PERIGO

À luz do princípio da ofensividade, o delito nada mais que é um comportamento ofensivo ao bem jurídico penal, o qual se concretiza na realidade com o dano ou a colocação em perigo. Afirma categoricamente o doutrinador brasileiro Luis Regis Prado: ‘todo delito deve lesar ou pôr em perigo de lesão determinado bem jurídico’⁹³.

Antes de adentrar em maiores detalhes sobre a definição de dano e perigo, que são os temas centrais deste subcapítulo, convém mencionar a discussão acerca da possibilidade ou não de crime sem resultado. Como irá se demonstrar, a resposta depende do ângulo que se adota para o conceito de resultado.

Para os adeptos da teoria naturalista, entende-se resultado como “a modificação sensível do mundo exterior”⁹⁴. Desse modo, estes respondem com tranquilidade à questão da seguinte forma: sim, é plenamente possível crime sem resultado. A existência de crimes que não provocam qualquer alteração na realidade fática dá sustento à posição. Há, por exemplo, a invasão à domicílio⁹⁵, em que incorre o delinquente que penetra a residência da vítima, contra sua vontade, sendo totalmente desnecessário que, para consumação, promova qualquer desarranjo no seu interior do imóvel. Em que pese não haja alteração perceptível aos sentidos, do que se infere a inoccorrência de resultado naturalístico, plenamente configurado estará o delito.

⁹² Ibidem, p. 23-24.

⁹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. único. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994136/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v. 1. Grupo GEN, 2021, p. 361 Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

⁹⁵ Violação de domicílio Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Todavia, aos que defendem a concepção normativista, resultado é “modificação gerada no mundo jurídico, seja na forma de dano efetivo ou na de dano potencial, ferindo interesse protegido pela norma penal”⁹⁶. Então, totalmente equivocada a afirmação de que há crime sem resultado. Uma vez que se identifica crime como ofensa ao bem jurídico - como inúmeras vezes reiterado neste trabalho -, somente diante da ocorrência fática desse ataque, seja por dano, seja por perigo, há delito. Partidário dessa posição é Néelson Hungria, para quem “não existe crime sem resultado. A toda ação ou omissão penalmente relevante corresponde um *eventus damni* ou um *eventus periculi*, embora, às vezes, não seja perceptível pelos sentidos”⁹⁷. Na invasão a domicílio, antes citada, a perturbação à tranquilidade doméstica constitui o resultado jurídico⁹⁸.

Ocorre que, por mais cativante que possa aparentar a controvérsia travada entre naturalistas e normativistas nesse ponto, em verdade, trata-se de debate inócuo. Ambas se apoiam nas mesmas premissas: 1) só há crime se houver dano ou perigo ao bem jurídico tutelado pela norma e 2) há crimes que não geram modificação exterior na realidade. Então, por um jogo de palavras, ou melhor, pela definição que se tem da palavra “resultado”, é que se assume esta ou aquela resposta como correta, mas que consagram, em essência, os mesmos pressupostos, oferecendo, nessa questão em específico, nada de novo. De tudo isso importa, outrossim, não a admissão desta ou daquele partido, mas a clareza dos pontos de partida comuns destacados.

Chegado até esse ponto se espera que já consolidado o entendimento de que a ofensa ao bem jurídico constitui elemento nuclear do crime. Não se permite que determinado comportamento não ofensivo seja censurado pela norma penal, tampouco resta autorizada punição estatal de ação ou omissão prevista como crime que seja, em concreto, inofensiva. A ofensividade ganha nitidez em seus contornos através do dano e do perigo. Dizer que a conduta ofende ao bem jurídico penal significa que ela lhe causou dano ou a pôs em perigo. Nesse sentido, quanto à ofensividade, podem os crimes se classificarem em de dano e de perigo.

Os crimes de dano são aqueles em que há lesão ao bem jurídico. Assim, o tipo legal prescreve comportamento cuja ocorrência representa situação em que se fere o bem tutelado pela norma. Nesses casos, exige-se para consumação resultado material, perceptível pelos

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v. 1. Grupo GEN, 2021, p. 361 Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

⁹⁷ HUNGRIA, Néelson apud JESUS, Damásio Evangelista D.; ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal 1**: parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 274. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619849/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

⁹⁸ JESUS, Damásio Evangelista D.; ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal 1**: parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 275. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619849/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

sentidos⁹⁹. É, por exemplo, o caso do homicídio, que somente se conclui com a morte. A ausência desse resultado, a depender do caso, acarreta tentativa ou indiferença penal¹⁰⁰.

Importante notar que a falta do resultado naturalístico nos crimes de dano não tem o condão de descaracterizar o crime, tampouco afastar a punição penal. Como o mais comum é que o objeto da ação ou omissão corporifica o bem jurídico¹⁰¹, pode-se ter a ideia de que ambos conceitos são idênticos. Não é verdade. Subjacente à lesão ao objeto da conduta está lesão ao bem jurídico, mas a recíproca não se realiza. Elucidando: embutida na inversão da posse de uma joia alheia está a lesão ao patrimônio, mas antes desse fenômeno pode já ter sido o patrimônio, de alguma forma, atingido. Logo, não causa espanto a possibilidade de que o bem jurídico já tenha sido seqüelado antes de alcançado o resultado material.

Há de se ter nitidez - mais uma vez - da distinção entre resultado naturalístico, consistente em modificação exterior no mundo real decorrente de lesão ou perigo do objeto da conduta, e resultado jurídico, que diz respeito à lesão ao bem jurídico tutelado. Com o início da execução, primeira etapa do *iter criminis*, resta configurada a agressão ao bem jurídico¹⁰². Se a empreitada delitiva por aí se encerrar, não chegando à etapa consumativa, a ofensividade do fato permanece hígida. Por essa razão, em que pese a desistência voluntária e o arrependimento eficaz evitem a concreção do resultado naturalístico, não excluem a tipicidade, mas sim - sem descuidar da existência de entendimentos divergentes¹⁰³ - a punibilidade. Dito de outro modo: a conduta ofensiva descrita no tipo incriminador foi perpetrada, revestindo-se de tipicidade, sendo inviável retornar ao estado anterior, como se o bem jurídico não tivesse já sido agredido.

Nesse ponto de vista, está a objeção formulada por Zaffaroni e Pierangeli ao entendimento de que natureza da desistência voluntária constitui excludente de tipicidade:

A principal objeção que se pode formular contra o argumento daqueles que pretendem ver na desistência uma atipicidade, seja objetiva, seja subjetiva, encontra-se na impossibilidade de ter a desistência a virtualidade e tornar atípica uma conduta que antes era típica. Se o começo de execução é objetivo e subjetivamente típico, não se

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal** : parte geral. v. 1. Grupo GEN, 2021, p. 325. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 113. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655597172/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰¹ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 428. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640447/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰² MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. 9. ed. v. 1. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015. p. 357.

¹⁰³ Como sinaliza Nucci, há quem entenda que é excludente de tipicidade e outros que é excludente de culpabilidade.

compreende como um ato posterior possa eliminar o que já se apresentou como proibido, situação que muito se assemelha à do consentimento subsequente.¹⁰⁴

De todo exposto, extraem-se algumas noções sobre os crimes de dano. Caracterizam-se pela lesão ao bem jurídico, que se inicia com os atos executórios. Se não se iniciaram, não há lesão, também não há resultado naturalístico, e, conseqüentemente, se trata de indiferente penal. A partir dos atos executórios, já existe lesão ao bem, a conduta é materialmente típica, mas não consumada. Somente com a ocorrência do resultado material, que se pode dizer que o delito foi consumado.

Já os crimes de perigo, por sua vez, dizem respeito àqueles cujo comportamento típico consiste numa ameaça ao bem jurídico. Criminaliza-se a conduta que antecede à lesão, porque acentuada a probabilidade de sua ocorrência. Nos dizeres de Rogério Greco, eles “não exigem a produção efetiva de dano, mas sim, a prática de um comportamento típico que produza um perigo de lesão ao bem juridicamente protegido, vale dizer, uma probabilidade de dano. O perigo seria, assim, entendido como probabilidade de lesão a um bem jurídico-penal”¹⁰⁵. Para consumação, basta a possibilidade do dano.

Os crimes de perigo se subdividem em concreto e abstrato ou presumido.

Quando se trata de crime de perigo concreto, impende-se a comprovação de perigo ao bem jurídico protegido no caso concreto. Na hipótese, a periculosidade da conduta está prevista, em regra, no próprio tipo penal. Faz-se um juízo acerca da idoneidade da ação ou omissão em relação à aptidão para criação efetiva de risco de dano¹⁰⁶. Exemplo dessa espécie é o crime de incêndio.

Os crimes de perigo abstrato ou presumido, de outra banda, não dependem de comprovação do perigo na situação concreta, posto que ela está presumida *juris et de jure*.

Conforme ensina Pierpaolo Cruz Bottini, o perigo abstrato:

[...] é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe a ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores ao ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto [...] eles prescindem da referência

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v. 1. Grupo GEN, 2021, p. 547. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 13. ed. v. 2. Niterói: Impetus, 2016. p. 195.

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 433. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640447/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

a fenômenos externos a atividade descrita como ilícita. Sob o aspecto formal, a mera prática da conduta indicada na normal exaure os aspectos objetivos do tipo penal.¹⁰⁷

Nesse caso, o legislador realiza um exame prévio da periculosidade das condutas, identificando aquelas em que o estado de perigo a determinado bem jurídico penal é inata. Reclamam sobre os crimes de perigo abstrato, entendida nesses termos, críticas sobre sua incompatibilização com o princípio da ofensividade. Rogério Greco, por exemplo, afirma que “os crimes de perigo abstrato não resistem a uma depuração principiológica”¹⁰⁸. Por isso, refutando a prescindibilidade de comprovação, Cezar Roberto Bitencourt sustenta que, no mínimo, deve se exigir “a idoneidade da conduta realizada pelo agente para produzir um potencial resultado de dano ao bem jurídico, visto desde uma perspectiva genérica”¹⁰⁹.

Para o escopo desse trabalho, que se presta ao fim examinar a subtração de cartão de crédito como possível crime patrimonial, cumpre destacar que se trata de enquadrar como crime de dano. Portanto, quanto à ofensividade, é imprescindível a existência de lesão ao bem jurídico patrimônio para tipicidade do ilícito.

3.3 PRINCÍPIOS CORRELATOS

Assentados no modelo de Estado Social e Democrático de Direito, do que se supõe o especial comprometimento para com os direitos fundamentais do cidadão, os princípios limitadores ao poder punitivo estatal são componentes do sistema jurídico-penal que lhe dão forma e suporte. Encontram-se estreitamente ligados uns com os outros, em entrelaçamento que remete à trama de um pano, de modo que o esmorecimento de um impacta os demais, colocando em risco todo conjunto do Direito Penal.

Para atingir o objetivo proposto no trabalho, faz-se necessário o estudo desses princípios (entre os quais está o já abordado princípio da ofensividade) que alicerçam o sistema jurídico penal. Isso porque, em consonância aos dizeres de Augusto Correa, “os distintos princípios constitucionais em matéria penal devem ser conectados entre si para poder entender o conteúdo

¹⁰⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010. p. 113.

¹⁰⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 13. ed. v. 2. Niterói: Impetus, 2016. p. 195.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 301. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597172/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

de cada um deles e para que possam cumprir a pretendida eficácia limitadora do *ius puniendi*”¹¹⁰.

3.3.1 Princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos

O princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos se dedica à definição do conteúdo das condutas possíveis de repressão penal¹¹¹. Nesse lume, não poderão ser abrigadas pelo manto protetivo norma penal questões de ética, moral, costumes, ideologias, religião, política, ou qualquer matéria semelhante, mas tão somente bens jurídicos¹¹². Nota-se íntima relação deste princípio com o fim (vida social pacífica e livre) e função do Direito Penal (proteção a bens jurídicos), porquanto assume como legítimas apenas as proibições penais que ofereçam proteção a bens jurídicos que garantem a existência de condições *mínimas* para coexistência pacífica¹¹³. Por esse raciocínio, inviável, por exemplo, a criminalização da mentira, em si, visto que por mais desejável que seja a honestidade com as palavras, não é bem jurídico, tampouco elemento mínimo para que as pessoas vivam em sociedade.

Não é incomum, todavia, que este princípio seja confundido com o princípio da ofensividade, sendo utilizados indistintamente como se sinônimos fossem. Ressalta o estudioso Luiz Flávio Gomes que até mesmo parte da doutrina comete esse deslize técnico¹¹⁴. Ainda que intimamente vinculados, cada qual apresenta um conteúdo próprio. Para melhor individualizá-los, pode-se apontar as suas diferenças. O princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos está estreitamente vinculado à missão e função do Direito Penal, dando-lhe forma, ao impor que sua proteção recaia única e exclusivamente sobre bens jurídicos, o que afasta a hipótese, por consequência, de que quaisquer outros assuntos sejam objeto de punição penal. Já o princípio da ofensividade, por outra banda, expressa, mais especificamente, a concepção do delito, definindo-o como ofensa a um bem jurídico, repelindo entendimentos diversos, tal como

¹¹⁰ CORREA, Augusto apud GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

¹¹¹ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia.. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 14. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595734/epubcfi/6/4\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright.html\]/4/12/6/1:4\[-bo%2Cok\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595734/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright.html]/4/12/6/1:4[-bo%2Cok]). Acesso em: 01 abr. 2022.

¹¹² MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. lvi, 1007 p.

¹¹³ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. op. cit., p. 15.

¹¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 41-42.

a mera desobediência ou violência da norma imperativa¹¹⁵. Lapidada a ponderação por Bitencourt feita, ao discursar acerca dessa diferença:

A diferença entre ambos pode ser resumida no seguinte: no princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, há uma séria limitação aos interesses que podem receber a tutela do Direito Penal; no princípio da ofensividade, somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano.¹¹⁶

À guisa de ilustração, a fim de exemplificar a distinção retratada, pode-se imaginar a existência de um Direito Penal, de fato, preocupado com a proteção de bens jurídicos, que contemplasse entre os delitos previstos em lei a subtração de coisa alheia móvel, mas que, despreocupado com a ofensividade do fato, viesse, por exemplo, a assentir com punição de indivíduo que surrupia um fio de cabelo de outrem, o que não apresenta, sob qualquer ângulo, qualquer chance de ataque ao patrimônio da vítima, com a justificativa de que o delito se consubstancia com o simples descumprimento da norma.

3.3.2. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está consubstanciado na fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cunhada por Feuerbach, no início do século XIX¹¹⁷. Conquanto persista divergência na doutrina nesse ponto, acredita-se que a origem remonta à Magna Carta de 1215, de João Sem Terra, que continha a previsão no art. 39 de que nenhum homem livre seria punido senão pela *lei da terra*, servindo aquela época como garantia processual e não penal¹¹⁸. Atualmente, no Brasil, este princípio está explicitado na Constituição Federal, ao dispor no artigo 5º, inciso XXXIX que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia

¹¹⁵ GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, v. 1, p. 50. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555597172/epubcfi/6/22\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo8.xhtml\]/4/2/78/1:152\[est%2Cudo\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555597172/epubcfi/6/22[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo8.xhtml]/4/2/78/1:152[est%2Cudo]). Acesso em: 17 mar. 2022.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 58.

¹¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral**. v. 1. São Paulo: Atlas, 2021. p. 57. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597028102/epubcfi/6/26\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml111\]/4/770/1:544\[hei%2Ca.\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597028102/epubcfi/6/26[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml111]/4/770/1:544[hei%2Ca.]). Acesso em: 01 abr. 2022.

cominação legal”¹¹⁹, e no Código Penal na redação do artigo 1º do Código Penal: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”¹²⁰.

Em virtude do princípio da legalidade, ninguém pode ser condenado por crime ou submetido à pena sem que exista lei anterior que assim preveja. As palavras “crime” e “pena” devem ser compreendidas em sentido amplo, demandando que crime seja lido como infração penal, a fim de abarcar também a contravenção penal, e pena como sanção penal, contemplando também a hipótese de medida de segurança; enquanto “lei” restritamente, porquanto só a lei formal pode determinar criar tipos incriminadores e suas consequências jurídicas¹²¹. Ele não rege somente a criação de crimes e a cominação de penas, mas também a execução penal¹²².

Dois são fundamentos desse princípio: jurídico, que impõe a necessária taxatividade, certeza ou determinação das normas penais, e político, que vincula os Poderes Executivo e Judiciário à lei. Desse modo, obriga-se o legislador a utilizar termos precisos e não vagos na formulação das leis, bem como restringe-se a possibilidade de repressão punitiva estatal aos ditames dados pelo comando legal, por consequência, protegendo o indivíduo frente ao arbítrio estatal¹²³. Para o autor Rogério Sanches Cunha, existe também o fundamento democrático, na medida em que apenas os representantes do povo, na figura do Poder Legislativo, estão encarregados da missão legiferante¹²⁴.

No contexto desse trabalho, faz-se importante abordar como esse princípio e o da ofensividade se relacionam, o que pode ser expressado pelo axioma *nulla lex sine iniuria*¹²⁵. Como visto anteriormente, o delito é definido como fato ofensivo típico. Logo, o fato descrito na lei penal como crime necessariamente precisa consistir em conduta ofensiva à autêntico bem jurídico, plenamente determinado e específico. Reconhece-se a concreção de tal mandamento

¹¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 abr. 2022.

¹²⁰ BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 01 abr. 2022.

¹²¹ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 168. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]/4/34/1:15\[Reg%2Cis\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]/4/34/1:15[Reg%2Cis]). Acesso em: 01 abr. 2022.

¹²² JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 39.

¹²³ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. lvi, 1007 p.

¹²⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral: arts. 1º ao 120. 3. ed. rev., atual. e ampl. Imprensa: Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 82.

¹²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 35.

quando o legislador define com clareza o bem jurídico protegido pela norma e qual a ofensa punível¹²⁶.

3.3.3. Princípio da intervenção mínima

Em que pese não declarado explicitamente na Constituição Federal do Brasil, dela se pode deduzir o princípio da intervenção mínima, pois consagra que a república brasileira adota o Estado Democrático de Direito¹²⁷ e tem como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana¹²⁸, demonstrando assim extrema preocupação com os direitos fundamentais do indivíduo. Ademais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, apresenta expresso o presente princípio no art. 8º ao dispor que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”.

O princípio da intervenção mínima estabelece que o Direito Penal deve ser empregado em *ultima ratio*. Por natureza, a sanção penal se reveste de elevada gravidade, restringindo direitos fundamentais, em especial, a liberdade¹²⁹. Por essa razão, deve o Estado dele se socorrer quando for seu último recurso, isto é, quando estritamente necessário. Conquanto da interação social surjam, inevitavelmente, conflitos, deve-se buscar, sempre que possível, a resolução por métodos alternativos externos ao direito (por exemplo, autocomposição) ou pela via judicial através de ramos extrapenais. O Direito Penal se ocupa tão somente daqueles casos que ameaçam o mínimo necessário para a paz da convivência. Mesmo na elaboração de políticas criminais - ações adotadas pelo poder público para coibir as infrações penais -, o Estado deve privilegiar, por a Criminologia ter demonstrado ser mais eficiente, estratégias preventivas (por exemplo, medidas de incentivo à reinserção do apenado no mercado de trabalho lícito, afastando-o da criminalidade), em detrimento de repressivas, com a criminalização de novas condutas ou aumento de pena¹³⁰.

Decorrem do princípio da intervenção mínima outros dois princípios: fragmentariedade e subsidiariedade.

¹²⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

¹²⁷ BRASIL. CF, 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

¹²⁸ BRASIL. CF, 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;

¹²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 188.

¹³⁰ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 16.

Conforme o princípio da fragmentariedade, “o Direito Penal deve proteger apenas os bens jurídicos mais relevantes contra os ataques mais violentos”¹³¹. Logo, em virtude desse princípio, o legislador penal encontra-se limitado em dois aspectos, pois está vinculado a revestir de proteção penal, entre os bens jurídicos, somente aqueles de fundamental importância e a criminalização de condutas deve recair, entre todas as ofensas possíveis, apenas quanto àquelas mais graves. Para tanto, analisam-se os inúmeros bens jurídicos e identificam-se quais apresentam maior relevo social, isto é, aqueles essenciais para permitir a convivência pacífica em sociedade. Feita essa constatação, avança-se o exame sobre os comportamentos que podem agredi-los ou ameaçá-los, selecionando aqueles intoleráveis. O Direito Penal, portanto, irá proteger apenas fração de bens jurídicos protegidos e também só parte das ofensas a eles concernentes, decorrendo disso sua feição fragmentária¹³².

Há também o princípio da subsidiariedade como corolário da intervenção mínima, o qual dita que a atuação do Direito Penal está condicionada à insuficiência da tutela dos bens jurídicos por outros meios. É preferível outras formas de sanção ou de controle social para proteção dos bens jurídicos à criminalização¹³³. Somente quando fracassa a proteção de tais bens conferida por outros ramos do direito, justifica-se lançar mão da tutela penal.

Por consequência lógica, não são todos os ilícitos que serão penalmente relevantes, mas todo ilícito penal sanciona comportamentos que contrariam também outros ramos da ciência jurídica. Dessarte, à guisa de exemplificação, Gustavo Junqueira e Patricia Vanzolini se referem à falta de pagamento de uma dívida como um ilícito que lesiona o patrimônio, mas que deve ser resolvida na esfera cível, não se constituindo crime¹³⁴.

Para Luiz Flávio Gomes, o princípio da ofensividade, no plano político-criminal, é prévio aos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade¹³⁵. Primeiramente, anotam-se as condutas ofensivas a bens jurídicos (princípio da ofensividade). Depois, filtram-se aquelas que consistem em ataque intolerável (princípio da fragmentariedade) e que não haja proteção ao bem jurídico por meios mais idôneos (princípio da subsidiariedade).

¹³¹ Ibidem, p. 17.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 63.

¹³³ Ibidem, p. 61.

¹³⁴ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. op. cit., p. 14.

¹³⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 45.

3.3.4. Princípio da proporcionalidade

Costuma-se atribuir à Magna Carta inglesa, de 1215, o marco incipiente da expressão desse princípio, por dispor que “o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”¹³⁶. Mais tarde, com o Iluminismo, desenvolveu-se o princípio da proporcionalidade como pressuposto penal, afeto, em especial, ao campo das penas¹³⁷.

Por seu intermédio, preconiza-se que a punição penal deve guardar justa correlação com a gravidade da infração penal¹³⁸. Observa-se que ele orienta e limita a atuação tanto do legislador, quando elabora a norma penal, quanto do julgador, quando aplica a sanção penal ao agente, a fim de alcançar, segundo o mestre Guilherme de Souza Nucci, notórios dois objetivos: “a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime”¹³⁹..

Quando da criação ou modificações dos tipos incriminadores, na legislação penal, diz respeito à harmonia, em abstrato, entre a gravidade da reprimenda penal e a gravidade da figura delitiva. Como pressuposto, nota-se que as sanções penais possuem distintas cargas repressoras, bem como os ilícitos penais têm diferentes níveis de reprovação social. Elucida-se com um exercício comparativo: a pena de advertência é, evidentemente, mais leve que a privação da liberdade, enquanto o estupro de vulnerável, sem dúvida, causa mais repulsa social que o excesso de exação. Diante da existência de graus de intensidade de repressão das medidas sancionadoras e de gravidade de crimes, à luz do princípio da proporcionalidade, imprescindível compatibilizá-los, de modo que fiquem afinados em magnitude, isto quer dizer, quanto mais reprováveis, maior a punição, enquanto menos reprováveis, mais branda a reprimenda.

Por conveniência, vale o comentário acerca de situação de desconformidade ao aludido princípio no ordenamento jurídico brasileiro, que há muito tempo era objeto de crítica pela doutrina, consignando-se, porém, que está superada, em virtude de alteração trazida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). O crime de concussão, até a modificação legislativa em

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal. 5. ed. v. 1. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 140. Base de dados: Minha Biblioteca.

¹³⁷ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 193.

¹³⁸ GUEIROS, Artur. São Paulo: Atlas, 2020. 2. rev., atual. e ampl. Language: Portuguese, Base de dados: Minha Biblioteca Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597023749/epubcfi/6/22\[%3Bvnd.vst.idref%3Dpt1ch01!4/748/1:128\[a%20a%2C%20mu\]>Data em: 05/04/2022](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597023749/epubcfi/6/22[%3Bvnd.vst.idref%3Dpt1ch01!4/748/1:128[a%20a%2C%20mu]>Data em: 05/04/2022)

¹³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 137.

comento, possuía pena máxima abstrata de 8 anos enquanto o da corrupção passiva, 12 anos. Consequentemente, punia-se, em tese, com maior rigor o funcionário público que, utilizando-se da sua posição, solicitava e recebia vantagem indevida, para si ou para outrem, do que aquele que, em situação análoga, a exigia. Destarte, manifesta a desproporcionalidade, posto que a atitude de “exigir” é, pelo menos, tão reprovável quanto “solicitar” e “receber”, senão - tal como considero - mais grave. Como adiantado, corrigiu-se esse equívoco, elevando o apenamento máximo conferido à concussão ao mesmo patamar da corrupção passiva.

Avançando na exposição, cabe também apontar a incidência da proporcionalidade no julgamento dos casos concretos. Em que pese a sanção penal esteja preestabelecida no tipo incriminador da lei, vinculando o juiz, é lhe dada certa discricionariedade na dosagem da pena. Ao aplicá-la, realiza a verificação da extensão dos danos provocados com a ofensa perpetrada pelo agente por meio da infração penal. Exige-se, por conseguinte, proporcionalidade entre o peso da sanção e do dano causado¹⁴⁰.

3.3.5. Princípio da insignificância

É o princípio que assevera que a pífia lesão ou ameaça ao bem jurídico não tem o condão de se tornar fato típico. Nessa orientação, exclui-se a tipicidade material do delito quando nítida a irrelevância da perturbação ao bem tutelado. Nas palavras de Claus Roxin, que o formulou, trata-se de princípio de validade geral para a determinação do injusto¹⁴¹.

A partir do princípio da insignificância, reclama-se que o julgador, no exame do caso concreto, perquiria o nível de agressividade lesiva investida contra o bem jurídico protegido pela norma penal. Se o resultado lesivo for ínfimo, não constitui ilícito penal. Conclui-se, portanto, que parte das condutas, embora se encaixem com perfeição ao tipo e reproduzam, em certa medida, lesão ou perigo a bem jurídico, por sua diminuta ofensividade, se veem afastadas de relevância penal. Perspicácia assiste ao estudioso Luiz Regis Prado, quando traça relação do princípio em tela com o caráter fragmentário do Direito Penal, na medida em que ele serve de critério para filtrar qual parcela de atos lesivos a bens jurídicos que recebem repreensão penal¹⁴².

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal. 5. ed. v. 1. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 137. Base de dados: Minha Biblioteca.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 73-74.

¹⁴² PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 202.

Não tímida é a aproximação entre o princípio da ofensividade e da insignificância, já que ambos se debruçam quanto à investigação da lesividade do bem jurídico cuja inocorrência ou inexpressividade acarretam atipicidade material. Todavia, ainda que indiscutivelmente implicados, não se confundem, podendo-se apontar, inclusive, que o da ofensividade antecede o da insignificância. Vale dizer: sem aquele nem se cogita este. Caso fossem percorridas etapas para análise da conduta concreta que se suspeita criminosa, o princípio da ofensividade apresentar-se-ia por primeiro, para averiguar se há lesão ou ameaça a bem jurídico e, em caso positivo, passaria a vez ao da insignificância, que se deteria a dimensão da intensidade dessa ofensa, exigindo que, para configurar-se típica, seja vigorosa. Logo, para ser fato típico, não basta ser ofensivo ao bem jurídico, mas lesivo com *gravidade*. A intolerabilidade da ofensa, nesse sentido, é condição *sine qua non* do delito.

3.3.6. Princípio da adequação social

A teoria da adequação social, construída por Hans Welzel, traz mais uma hipótese de exclusão da tipicidade material: ainda que o comportamento, formalmente, possa ser subsumido do modelo legal, não será considerada típico se socialmente adequado¹⁴³. Segundo o autor, a relevância social da conduta constitui condição para que seja reconhecida pelo Direito Penal como delito, de modo que carece de tipicidade aquela aceita e aprovada socialmente¹⁴⁴. Se certa prática costumaz, mais do que não despertar a insatisfação popular, é consensualmente reconhecida e aceita pela comunidade, não deverá ser penalmente punível. Como exemplo, emprestando-se de um trazido por Guilherme de Souza Nucci, pode-se citar a colocação de um brinco na orelha, conduta a qual não enseja responsabilização por lesão corporal¹⁴⁵.

Se, por um lado, tanto a incidência do princípio da insignificância quanto o da adequação têm capacidade de servir de argumento para justificar a inexistência de ilícito penal, por outro, certamente, não compartilham de idêntico conteúdo. Consoante o jurista Odone Sanguiné, centram-se as diferenças em dois pontos: aquele supõe a adequação social da conduta e foca no desvalor da ação, enquanto este, sem ignorar sua inadequação, a admite por ser de diminuta lesividade e centraliza-se no desvalor do resultado¹⁴⁶.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 65.

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. 17. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 200. Language: Portuguese, Base de dados: Minha Biblioteca.

¹⁴⁶ SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. Porto Alegre. **Fascículos de ciências penais**, v. 3, n. 1, p. 36-50, 1990.

Já se discutiu, mesmo por seu idealizador (Welzel), se o princípio da adequação afastaria mesmo a tipicidade ou, na verdade, a antijuridicidade. Hoje o entendimento que se encontra mais consolidado entre os respeitáveis penalistas é que se trata de um princípio geral de interpretação¹⁴⁷. Com efeito, ainda que goze de prestígio doutrinário, raro se observa na jurisprudência a aplicação desse princípio para justificar a inocorrência de crime¹⁴⁸.

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 65.

¹⁴⁸ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 29.

4 SUBTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO

Como elucidado, o Direito Penal se dedica à proteção dos bens jurídicos socialmente mais relevantes. Essa proteção, todavia, não é um fim em si mesmo. Na verdade, o que se mira com a tutela penal é a coexistência social de forma pacífica e livre. A intervenção penal só se mostra legítima nestes estritos termos, consagrando-se, assim, com amparo constitucional, princípios limitadores do poder punitivo estatal.

Em orientação ao princípio da ofensividade, central no sistema jurídico penal, só serão criminalizadas condutas que ofendam - com dano ou perigo - os referidos bens e só haverá exercício do poder punitivo estatal quando se observar, no caso concreto, a declarada ofensividade (quer após comprovação, como nos crimes de dano e perigo concreto, quer por presunção, como nos crimes de perigo abstrato ou presumido).

Bem delineadas essas balizas, avança-se agora sobre a investigação se o cartão de crédito constitui item apto a figurar como objeto material do furto, em perfeita subsunção, formal e material.

4.1 BEM JURÍDICO DO FURTO

O bem jurídico tutelado nos crimes patrimoniais é o patrimônio do indivíduo¹⁴⁹. Numa concepção jurídico-econômica, entende-se que “integram o patrimônio as posições econômicas que obtenham reconhecimento jurídico, ou seja, a soma dos valores econômicos à disposição de alguém sob a proteção do ordenamento jurídico”¹⁵⁰.

Preceitua a Constituição Federal brasileira, no *caput* do art. 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à *propriedade*” (grifo meu). Demonstra-se, assim, que a inviolabilidade do direito à propriedade possui importância fulcral no ordenamento jurídico pátrio. Mesmo que o Código Penal de 1940 seja anterior à Carta Magna de 1988, ele já conferia especial atenção a essa questão, porque elaborado com inspiração em modelo de sociedade liberal, no qual a base da organização social se apoia na propriedade privada¹⁵¹.

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal**: parte especial. v. 2. Grupo GEN, 2021, p. 315. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640157/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵⁰ PRADO, Luiz R. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. v. 2. Grupo GEN, 2021, p. 325. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640416/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial. 3. ed. v. 2. Grupo GEN, 2017, p. 249. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010374/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Para Nelson Hungria, a propriedade é o único objeto abarcado pelo crime de furto. Em suas palavras, “a posse, como mero fato, só por si, ou não correspondente ao direito de propriedade, embora protegida pelo direito civil, não entra na configuração do furto”¹⁵². Com o intento de demonstrar que está correto, destaca que o indivíduo que subtrai coisa sua que está em posse legítima de outrem por decisão judicial comete o delito previsto no art. 346 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões) e não furto.

Capitaneado posição oposta, aceita majoritariamente na doutrina, Magalhães Noronha defende que o crime de furto protege, de forma imediata, a posse, desde que legítima, e apenas secundariamente a propriedade. Este crime, seguindo essa linha de raciocínio, protege a situação de fato daquele que está legítima e diretamente usando, gozando ou dispondo da coisa móvel, o que guarda correspondência com o que se entende por posse. A lesão sofrida pela subtração atinge, em primeiro lugar, aquele que está na posição de possuidor direto. Porém, não se pode discordar que o proprietário vem também a sofrer um desfalque patrimonial. Sustenta o último autor citado o seguinte:

Ninguém negará, v.g., que o possuidor de coisa dada em usufruto e que é furtada sofre violação patrimonial, acarretada pela subtração. Mas existe também ofensa ao direito de propriedade, pois é inegável sofrer o proprietário dano patrimonial com o desaparecimento da coisa, sobre a qual ele tinha a posse indireta (...) e poderia mais tarde ter o domínio pleno.¹⁵³

Nada obstante concebam também propriedade e posse como objetos da incriminação jurídica descrita no caput do art. 155 do Código Penal, para alguns autores, o protagonismo é exercido não pela posse, mas pela propriedade, na medida em que o acervo econômico da vítima é formado, principalmente, por coisas de que é dona e, apenas em alguns casos, pelo que tão somente possui. Exemplo de posse que não constitui patrimônio trazido por Paulo César Busato, filiado a tal entendimento, se refere àquela do depositário.

Ainda há terceira corrente, complementar à anterior, a qual se perfilham Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, na qual se admite, além da propriedade e posse, a detenção

¹⁵² HUNGRIA, Nelson apud BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal 3**: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 17. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593273/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵³ NORONHA, Magalhães apud NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal**: parte especial. v. 2. Grupo GEN, 2021, p. 315. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640157/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

como objeto de tutela penal. Argumenta-se que também nesse caso há um interesse na coisa furtada cuja privação implica dano de natureza patrimonial¹⁵⁴.

Percebe-se que o cerne da controvérsia diz respeito à amplitude do que se entende por patrimônio. Outrossim, fato indiscutível é “não se pode falar no crime de furto, sem ofensa ao patrimônio, pois, do contrário, não estaria presente a pretensão de ofensividade, afastando a relevância da norma em face da ação”¹⁵⁵.

No problema trazido à baila pelo presente trabalho, a discussão não adentra no ponto se o cartão de crédito surrupiado estava nas mãos do seu titular (real proprietário), de seu amigo ou familiar (possuidor) ou ainda de secretária que o utiliza em nome e em obediência às ordens do dono do cartão (detentor). Parte-se da premissa que essa questão foi superada. Independentemente de quem segurava o cartão antes da subtração, debate-se aqui se dessa ação decorreu lesão patrimonial. É essa agressão ao patrimônio que indica a tipicidade material. Não se pode esquecer que o furto se trata de crime de dano, do que se conclui o necessário dano - e não perigo - ao bem jurídico patrimônio para consumação.

4.2 TIPICIDADE DO FURTO

O problema a ser desvelado por este trabalho acadêmico versa sobre a tipicidade da subtração de cartão de crédito em relação ao crime de furto simples. O juízo de tipicidade apresenta fase formal e material. Ao se apresentarem as elementares do furto no fato, diz-se que ele é formalmente típico. Apesar disso, pode não o ser em sentido material devido sua inofensividade

4.2.1. Adequação típica formal do furto

À vista que o escopo desta monografia, qual seja, constatar se há tipicidade na conduta de subtração de cartão de crédito, mostra-se forçoso investigar os elementos necessários para a adequação típica, primeiramente, sob prisma formal. Demanda-se, para tal intento, que se

¹⁵⁴ PRADO, Luiz R. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. v. 2. Grupo GEN, 2021, p. 326. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640416/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁵⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial. 3. ed. v. 2. Grupo GEN, 2017, p. 437. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010374/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

debruce sobre as elementares do crime de furto. Aqui se recorda do conceito, já abordado no tópico “tipicidade”, de elementares: dados cuja integração forma o tipo.

Tem-se no delito de furto simples estas elementares: “subtrair”, “para si ou para outrem”, “coisa”, “alheia” e “móvel”. A reunião de todos esses fragmentos compõe a definição entabulada pelo caput do art. 155 do Código Penal: “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”.

Corresponde ao verbo “subtrair” à ação de retirar, surruper, tirar a coisa da disponibilidade da vítima. O Superior Tribunal de Justiça, adotando a *teoria amotio* (ou *apprehensio*), firmou a tese de que “consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada” (Tema 934). Portanto, para Corte Cidadã, o simples toque ou o deslocamento do objeto (pacífico ou não) da *res* não importam para evidenciar se houve subtração, mas tão somente o apoderamento do objeto, momento em que se entende que a vítima teve seu patrimônio diminuído.

Já elementar “para si ou para outrem” indica qual deve ser o ânimo do agente. Trata-se, então, de elementar subjetiva. A expressão significa que o agente deve se assenhorar da coisa com *animus* definitivo ou de entrega a terceiro. Constitui fato atípico aquele que toma posse do objeto apenas para usá-lo. Sucede disso a impossibilidade de punir o “furto de uso”.

As últimas três elementares - “coisa”, “alheia” e “móvel” - dizem respeito ao objeto material do furto. O vocábulo “coisa” deve ser interpretado como “tudo aquilo que existe, podendo tratar-se de objetos inanimados ou de semoventes”¹⁵⁶. Por óbvio, a coisa precisa ser passível de ser subtração, isto é, de ser assenhorada/apoderada. Além disso, ela deve ser “móvel”, isto é, deslocável, removível, movimentável, transferível. Para fins penais, a semântica quanto à mobilidade da coisa está circunscrita à realidade dos fatos e não jurídica. Por isso, alguns bens considerados imóveis no Direito Civil não os são na seara penal (por exemplo, os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem). Além disso, impõe-se que a coisa seja alheia. Em outras palavras, ela deve pertencer a outrem. Com isso, exclui-se a *res nullius* (coisa de ninguém) e a *res derelicta* (coisa abandonada).

¹⁵⁶ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal**: parte especial. v. 2. Grupo GEN, 2021, p. 315. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640157/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

4.2.2. Adequação típica material do furto

A tipicidade material dos delitos se verifica tendo como ponto de apoio o bem jurídico. O que ditará se o fato se constitui materialmente típico será a relação que estabelece com bem jurídico tutelado pela norma. Quando não se evidenciam laços entre o bem jurídico e o fato, não se pode considerá-lo com tipicidade material. Já quando o fato ataca o bem jurídico é típico materialmente, sem olvidar que isso pode ser afastado caso notável inexpressividade (princípio da insignificância) ou adequação social (princípio da adequação social).

Como anteriormente abordado, no crime de furto, o objeto jurídico é o patrimônio. Por esse motivo, setor da doutrina consagra, o que se entende acertado, que exista valor econômico na coisa de furto. Denota-se que não está expresso no tipo incriminador que a coisa subtraída detenha valor econômico intrínseco. Na verdade, deflui tal constatação do princípio da ofensividade. Para ser considerado crime, como tantas vezes afirmado neste trabalho, exige-se que o bem jurídico tenha sido ofendido. Outrossim, condiciona-se o furto à possibilidade de a coisa subtraída ser aferida em pecúnia ou apresentar algum interesse ao comércio, visto que só desse modo se pode dizer que houve prejuízo ao patrimônio da vítima.

Contudo, a concepção de que o valor econômico mostra-se essencial não é pacífica na doutrina. Certo segmento admite que objetos desprovidos de valor econômico, mas que apresentem valor afetivo ou detenham alguma utilidade também possam ser objeto de furto. Por exemplo, as mechas de cabelos do único amor de sua vida e a carta do filho morto¹⁵⁷ não possuem preço mensurável e nem se prestam para troca no mercado, mas podem ter acentuado valor afetivo.

Em que pese respeitável esse entendimento, não se concorda com ele. Não se pode admitir o alargamento do Direito Penal para tutela daquilo que não esteja no raio da norma incriminadora. Não se trata de não reconhecer a lastimável dor que alguém pode sentir ao ver subtraídos bens sem valor econômico, como os cabelos de um amor antigo ou uma carta de alguém querido que se foi. Discorda-se, entretanto, que seja punível pelo cometimento de delito cuja proteção recaia precisamente ao patrimônio, uma vez que a vítima não sofreu qualquer dano patrimonial. Apesar de profunda infelicidade, não se estará mais pobre após o acontecimento de infortúnio dessa natureza. Diverge-se, assim, de Antolisei, o qual estende a composição de patrimônio às coisas com mero valor de afeição para justificar que a subtração

¹⁵⁷ PRADO, Luiz R. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. v. 2. Grupo GEN, 2021, p. 329. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640416/>. Acesso em: 18 abr. 2022.

destas acarreta diminuição patrimonial¹⁵⁸. Com efeito, o patrimônio está intimamente ligado à noção da expressão econômica.

A fim de demonstrar a incompatibilidade de considerar coisas sem valor econômico como sendo parte do acervo patrimonial, reflete-se acerca de uma situação hipotética. “A” possui uma carta de seu amante salva em seu computador. “B”, inimigo de “A” que sabe da importância daquele documento, resolve transferi-la para seu celular, apagando-a do computador de “A” na sequência. Imaginada tal situação, inconcebível a cogitação de que houve furto. Fica evidente que não há prejuízo financeiro suportado pela vítima, senão apenas dissabores de natureza sentimental. Na área cível, poder-se-ia sustentar a existência de dano moral, mas não de dano material. Rechaça-se a alegação de que no caso não houve furto ao fundamento de que a foto não podia ser materialmente tocada, mas se estivesse revelada o fato seria típico. Basta pensar que se alguém transfere dinheiro de uma conta bancária para a sua ou de terceiro sem autorização do titular da conta comete furto, ainda que não exista, propriamente, apoderamento de cédulas ou moedas que materializam aquela quantia.

Corroborando o entendimento defendido, Heleno Fragoso é categórico: “Não há crime patrimonial sem lesão de interesse economicamente apreciável.”¹⁵⁹ Aceitar posição diversa é desprezar a dimensão material do delito, que diz respeito à necessária ofensa ao bem jurídico. Nessa trilha, Maria Thereza Assis Moura e Marta Saad tecem comentário acerca da subtração de bens sem valor econômico representar meramente violação formal:

Deve ser revisto o tratamento dado aos microvioladores na medida em que se revela tão somente uma violação meramente formal do direito patrimonial. Não há cuidar de delito dessa espécie, no caso de objetos de mero valor afetivo, destituídos de valor econômico. A subtração desses objetos pode dar causa a alguma medida de caráter civil, mas nada justifica a atuação penal. O Direito penal, tendo o objetivo de salvaguardar o patrimônio exclusivamente sob o perfil de sua funcionalidade para o desenvolvimento da personalidade no âmbito econômico, não pode ser convocado para dar tutela, em termos patrimoniais, a não ser à custa da introdução de uma grave aporia, a objetos que, no plano econômico, não tem valor.¹⁶⁰

Pelas razões esposadas, considera-se no trabalho em questão que a adequação típica material do furto consiste na ofensa ao patrimônio. Adota-se a corrente a qual a coisa objeto de

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal 3**: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 21. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593273/>. Acesso em: 18 abr. 2022.

¹⁵⁹ Conferência proferida, em meados de 1984, na Fundação Casa de Rui Barbosa, e publicada postumamente, sem revisão do autor, na Revista Forense n.º 300, out./dez. 1987.

¹⁶⁰ MOURA, Maria Thereza Assis; SAAD, Marta apud BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial. 3. ed. v. 2. Grupo GEN, 2017, p. 437. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010374/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

furto precisa dotar de valor econômico, pois esta se harmoniza com a concepção de proteção específica ao bem jurídico tutelado pelo delito.

4.3 (A) TIPICIDADE DA SUBTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO

A tipicidade formal se realiza com o enquadramento da conduta ao tipo legal incriminador. Desse modo, a faceta formal está consagrada diante da presença das elementares no caso fático. A hipótese estudada nesta monografia é a subtração de cartão de crédito. Assim, verifica-se que há adequação formal à fórmula legal do crime de furto. Há justamente o verbo nuclear do tipo. Ademais, esclarece-se que não se está a cogitar que o ânimo do agente não seja outro que não se assenhorar-se do cartão para si ou para entregar a alguém. Por fim, o cartão de crédito é fisicamente coisa móvel. Também se considera que a pessoa que praticou a subtração não é a dona nem possuidora do cartão.

Já a tipicidade material do furto reside na ofensividade ao bem jurídico patrimônio. Este é o cerne da discussão. Nesse ponto, forçoso lembrar que o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito possui como função precípua a proteção a bens jurídicos. Conforme abordado com exaustão no capítulo anterior, o princípio da ofensividade está em ponto nevrálgico no sistema penal. A partir dele que se acopla à tipicidade do fato a ofensividade como elemento. Reitera-se: crime é fato típico ofensivo.

Especificamente no furto, a ofensa se traduz em dano ao patrimônio. Não basta a criação de perigo ao bem jurídico tutelado, mas tão somente lesão concreta, pois se classifica como crime de dano. O patrimônio, enquanto valor ou interesse de suma importância para a estabilização das relações sociais em condição de paz, qualifica-se como bem jurídico a ser protegido pela norma penal. Iluminado pelo princípio da ofensividade, resta analisar se a subtração de cartão de crédito alheio constitui ação capaz de causar dano ao aludido bem. Para tanto, faz-se necessário averiguar se esse item - o cartão de crédito - possui valor econômico. Assevera-se, considerando o entendimento apresentado no subtópico anterior, que o valor econômico intrínseco corresponde à possibilidade de apuração em dinheiro ou que seja a mercadoria apta ao comércio. O cartão de crédito considerado como simples objeto de plástico de chip ou com tarja magnética não ostenta tal atributo. Em outras palavras, indiscutivelmente o cartão de crédito não é bem comerciável, tampouco aferível em moeda. Até se pode calcular o custo para emissão de um, mas não há como atribuir um valor monetário a ele para venda. Por isso, a conclusão que se alcança é de que a subtração de cartão de crédito não tem

envergadura para trazer algum dano patrimonial e, por consequência, deve ser considerada fato atípico.

Na perspectiva brasileira, até o julgamento do Conflito de Competência n. 112.108/SP, que logo mais será abordado, o Superior Tribunal de Justiça, em ambas suas turmas especializadas em matéria penal, apresentava jurisprudência consistente no sentido da impossibilidade de cheque em branco e cartões bancários serem objeto material de crimes patrimoniais em virtude da ausência de expressão econômica dos referidos objetos. Alinhava-se, portanto, ao entendimento trazido pelo presente trabalho. Colacionam-se as ementas de dois julgados que referendam essa afirmação:

PROCESSO PENAL. CRIME MILITAR. PRESSUPOSTOS. CONFIGURAÇÃO. COMPETÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PENAL. CARTÃO DE CRÉDITO. FURTO. TIPICIDADE. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DA TURMA.

[...]

3. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal no sentido de que o cartão de crédito, bem como o talonário de cheques, não têm, em si, valor econômico capaz de o transformar em coisa alheia móvel suscetível de furto ou roubo. Precedentes.

4. Entendimento majoritário da Sexta Turma, com ressalva do entendimento pessoal do Relator, a julgar típica a ação descrita na denúncia.

5. Ordem denegada.

(HC 115.803/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 07/02/2011) (grifei)¹⁶¹

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO.

I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, ex vi legis, implica eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade).

II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto.

III - In casu, imputa-se ao paciente o furto de uma carteira plástica de bolso contendo em seu interior: R\$ 10,00 (dez reais), 01 (uma) folha

de cheque em branco e 02 (dois) cartões de crédito. **Assim, na linha de precedentes desta Corte, com a ressalva do relator, a cártula de cheque em branco e o cartão bancário de crédito, por não possuírem valor econômico intrínseco, não podem ser considerados, no caso, para efeito de tipicidade da conduta.** Destarte, remanescendo como prejuízo econômico apenas a subtração de R\$ 10,00 (dez reais), é de ser aplicado, na espécie, o princípio da insignificância.

Ordem concedida.

(HC 124.858/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/06/2009) (grifei)¹⁶²

Porém, a Terceira Seção da Corte, quando do julgamento do Conflito de Competência n. 112.108/SP (DJe 15/09/2014), que discutia se recaia sobre a Justiça federal ou estadual a

¹⁶¹ SÃO PAULO. HC 115.803/SP, Rel. Ministro: Celso Limongi, Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta turma, julgado em 04/11/2010, DJe 07/02/2011.

¹⁶² MINAS GERAIS. HC 124.858/MG, Rel. Ministro: Felix Fischer, Quinta turma, DJe 01/06/2009.

competência para o processamento e julgamento de suposto crime de receptação de talão de cheques que fora subtraído de um carteiro da Empresa de Correios e Telégrafos, entendeu pela possibilidade de talonário de cheques em branco serem considerados objeto material de crimes patrimoniais, bem como firmou a competência da Justiça estadual para o caso trazido à baila.

Nos termos do voto vencedor, da lavra do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, rechaçando o entendimento esposado pelo Relator pela atipicidade da conduta, o talão de cheque não preenchido apresenta valor patrimonial por sua potencialidade lesiva ao patrimônio. Faz-se pertinente transcrever o seguinte excerto que bem elucida a posição adotada:

[...] a vulnerabilidade de que fica imbuída a vítima dos crimes de furto e de roubo cujo objeto é um talonário de cheques, dado o inegável valor econômico do bem, pela possibilidade de posterior utilização fraudulenta, em prejuízo de terceiros. [...] Logo, havendo esse talonário sido receptado, não se mostra desprezível ou atípica a conduta averiguada, a ponto de se conceder de ofício a ordem para trancar a ação penal e, por conseguinte, não se julgar o conflito de competência.

Ao examinar a jurisprudência, revela-se que as turmas da Corte Cidadã têm se perfilhado, em regra, à posição assentada pela 3ª Seção. Nessa orientação, podem-se citar as decisões colegiadas proferidas no julgamento do AgRg no HC 624632/SC (2021), AgRg no REsp 1687766/DF (2018) e AgRg no HC 410154/RS (2017) pela Quinta Turma, bem como AgRg no AREsp 1439987/GO (2019) pela Sexta Turma. Todavia, há exceções. No julgamento do REsp 1619295/RJ, a Sexta Turma decidiu que a confecção de cartões magnéticos clonados não se amolda ao crime de furto, pois o cartão de crédito, em si, não possui valor econômico, valendo-se, para justificar esse argumento, dos precedentes anteriores ao mencionado Conflito de Competência mencionado. Além disso, quando do AgRg no AREsp 1060189/MT, a Quinta Turma manteve a absolvição de um crime de furto consistente na subtração uma folha de cheque em branco, sob o fundamento de inexpressividade do valor do bem subtraído, aplicando o princípio da insignificância.

Portanto, denota-se do acervo jurisprudencial examinado que não há posição inequívoca em um sentido. Na verdade, percebe-se que ora se adota a tese de que cartões bancários e folhas de cheque em branco não são aptos a figurarem como objeto material de crimes patrimoniais, ante a inexistência de valor econômico intrínseco do bem, ora a tese diametralmente oposta, diante da consideração de potencial lesivo ao patrimônio.

A proteção aos bens jurídicos, como estudado no primeiro capítulo, é a função guia de todo sistema jurídico penal. O *ius puniendi* está autorizado tão somente quando o fato seja ofensivo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Ainda, recorda-se que a ofensividade pode

tomar a feição de lesão, caso se trate de crime de dano, ou de risco, na hipótese de crime de perigo. Ocorre que a subtração do cartão de crédito, por si só, não causa dano algum ao patrimônio da vítima. Não há sequer arranhão ao patrimônio. Há tão somente probabilidade de que, depois da subtração, ocorra outra conduta, com existência autônoma da anterior, que lese de fato o patrimônio. Em outras palavras, na esteira do posicionamento adotado por ocasião do julgamento do Conflito de Competência n. 112.108/SP, pune-se antecipadamente o agente por um fato sem ofensividade diante da probabilidade de que o cartão de crédito ou cártula em branco de cheque subtraídos sirvam de meio fraudulento para aplicação de algum golpe. O furto - assim como os demais crimes previstos no Título II, Capítulo I, do Código Penal - exige dano ao patrimônio. A potencialidade de causar prejuízo ao patrimônio por posterior utilização fraudulenta só demonstra que há um risco de que alguma ação posterior venha a ofender de fato o bem jurídico.

Com isso, não se quer negar a reprovabilidade, tampouco o potencial lesivo da ação em comento. Indiscutivelmente reprovável conduta consistente no apoderamento de objeto alheio, bem como máxima a probabilidade de que aquele que se assenhora de cartão alheio tenha *animus furandi*. Ressalva-se, no entanto, que o Direito Penal aqui assumido se reveste de objetividade, pois não pune a intenção do agente, mas somente se dela se exterioriza conduta com resultado jurídico. Por mais reprovável que determinada conduta possa ser, não constitui crime se não é ofensiva. Possível que novo passo venha a ser praticado, após efetuada a subtração do cartão, a fim de que este seja utilizado como meio para o alcance de vantagem econômica indevida. Contudo, é apenas a partir do novo movimento para fins de utilização do cartão subtraído que se materializa a ofensa ao patrimônio.

Feitas essas considerações, à luz do manancial doutrinário no qual se ancora este trabalho, notadamente a ideia desenvolvida sobre o princípio da ofensividade no Capítulo II do presente trabalho, recomendado não está o alinhamento ao entendimento consolidado pela Terceira Seção. Há atipicidade na conduta de subtração de cartão de crédito, em razão da ausência de valor patrimonial intrínseco, não se cogitando, assim, existência de dano ao patrimônio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como escopo analisar a existência de tipicidade na subtração de cartão de crédito quanto ao crime de furto simples. A discussão demandou exame apurado sobre os alicerces estruturantes do sistema jurídico penal, a definição de conceitos centrais da problemática e dos princípios limitadores ao poder punitivo estatal.

De início, observou-se que a dogmática jurídico penal no decorrer do tempo assume diversas orientações. Para alicerçar esse trabalho, assumiu-se a teoria funcionalista teleológica desenvolvida por Claus Roxin, para quem as normas jurídicas penais devem se guiar no sentido de proteger os bens jurídicos fundamentais à vida social livre e segura. A análise de fato típico, como pressuposto à configuração de crime, exige adequação tanto em uma faceta formal, com a adequação às elementares do delito, quanto em faceta material, com o reconhecimento de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma.

Constatou-se, então, que o princípio da ofensividade desponta como central do Direito Penal, condicionando o delito à ofensa ao bem jurídico. Ele atua em conjunto a outros princípios de controle ao *ius puniendi*, modelando o Direito Penal no seio de um Estado Democrático de Direito, do que se deduz comprometido com os direitos fundamentais dos cidadãos. Nessa perspectiva, o legislador precisa descrever no tipo penal conduta ofensiva a bem jurídico de essencial importância para sociedade, e o julgador só pode considerar crime quando houver efetiva ofensa ao bem em comento no fato sob análise. Em relação à ofensa, consiste em lesão efetiva, nos crimes de dano, ou em risco, nos crimes de perigo.

O crime de furto simples, objeto da pesquisa, previsto no caput do art. 155 do Código Penal, prescreve a conduta de subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel e tutela o bem jurídico patrimônio. Classifica-se como crime de dano, reclamando a existência de lesão efetiva e não somente risco de dano ao patrimônio. Posto que a tipicidade formal se verifica através da presença das elementares do tipo, não resta dúvida que a subtração de cartão de crédito, de fato, apresenta tais elementos. Todavia, a tipicidade material não é cristalina *prima face*. O cerne do debate é justamente quanto à existência de lesão ao patrimônio neste caso.

Ancorando-se na doutrina disciplinada nesta pesquisa, verifica-se que a ausência de valor econômico intrínseco do cartão de crédito faz com que a subtração do item não atinja o patrimônio da vítima, não se revestindo a conduta de tipicidade material. Salienta-se, todavia, que outro é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Sob o fundamento de existência de potencial lesivo, a Corte tem-se manifestado majoritariamente, notadamente, após

o julgamento do Conflito de Competência n. 112.108/SP, que é suficiente para os crimes patrimoniais que o objeto detenha potencial lesivo ao patrimônio. Critica-se esse posicionamento, pois, à vista do princípio da ofensividade, sob o prisma de um Direito Penal comprometido com a proteção de bens jurídicos, o furto, como crime de dano que é, exige a existência de efetiva lesão ao bem jurídico, não sendo suficiente a potencialidade de sua ocorrência. Considerando a doutrina que ampara o respectivo trabalho, não é fato típico a subtração de cartão de crédito, porque este objeto detém mero potencial lesivo e não causa lesão efetiva ao patrimônio.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal 3**: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 17. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593273/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 50. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597172/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 01 abr. 2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial. 3. ed. v. 2. Grupo GEN, 2017. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010374/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. Language: Portuguese.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral: arts. 1º ao 120. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Luiz Fávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 13. ed. v. 2. Niterói: Impetus, 2016.

HUNGRIA, Néelson apud JESUS, Damásio Evangelista D.; ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal 1**: parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 274. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619849/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

JAKOBS, Günther; ALFLEN, Pablo Rodrigo (trad.). **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do direito penal**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018.

JESUS, Damásio Evangelista D.; ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal 1: parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 275. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619849/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia.. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 14. E-book. Disponível em:

[https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595734/epubcfi/6/4\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright.html!\]/4/12/6/1:4\[-bo%2Cok\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595734/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright.html!]/4/12/6/1:4[-bo%2Cok]). Acesso em: 01 abr. 2022.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Princípio da ofensividade como pressuposto do 'jus puniendi'**. Enfoque sobre o conceito material do delito à luz da Constituição Federal de 1988. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 2008, v. 20, p. 9.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. Campinas: Russell, 2003.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. 9. ed. v. 1. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. lvi, 1007 p.

MINAS GERAIS. **HC 124.858/MG**, Rel. Ministro: Felix Fischer, Quinta turma, Dje 01/06/2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120**. 35 ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2021. p. 116. Language: Portuguese

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral**. v. 1. São Paulo: Atlas, 2021. p. 19. E-book. Disponível em:

[https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597028102/epubcfi/6/26\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml11!\]/4/770/1:544\[hei%2Ca.\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597028102/epubcfi/6/26[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml11!]/4/770/1:544[hei%2Ca.]). Acesso em: 21 fev. 2022.

NORONHA, Magalhães apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120**. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. 2. Grupo GEN, 2021, p. 315. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640157/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal**. 5. ed. v. 1. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Base de dados: Minha Biblioteca.

NUCCI, Guilherme. **Crimes contra a dignidade sexual**: as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009. [S.I.]. 2014. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/crimes-contra-dignidade-sexual-alteracoes-trazidas-pela-lei-12-0152009/>. Acesso em: 18 mar. 2022.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. Ebook. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025132/>. Acesso em: 08 abr. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/34/1:15\[Reg%2Cis\]](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/34/1:15[Reg%2Cis]). Acesso em: 13 mai. 2022.

PRADO, Luiz R. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. v. 2. Grupo GEN, 2021, p. 325. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640416/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. único. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994136/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

ROXIN, Claus. **A Proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. Porto Alegre. **Fascículos de ciências penais**, v. 3, n. 1, p. 36-50, 1990.

SÃO PAULO. **HC 115.803/SP**, Rel. Ministro: Celso Limongi, Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta turma, julgado em 04/11/2010, DJe 07/02/2011.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte geral. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 29.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. RB-2.2. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F103791445%2Fv14.3&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=>

[0&eid=09eb21b1a0c13841b9390e988cb6c786&eat=%5Bereid%3D%2209eb21b1a0c13841b9390e988cb6c786%22%5D&pg=1&ppl=p&nvgS=false](#). Acesso em: 18 mar. 2022.