

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

REFORMA PENAL: ALTERAÇÕES NO ARTIGO 157 E SUA APLICABILIDADE

Julio Pansera Santos

Presidente Prudente/SP
2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

REFORMA PENAL: ALTERAÇÕES NO ARTIGO 157 E SUA APLICABILIDADE

Julio Pansera Santos

Monografia apresentada como requisito de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob orientação do Professor Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP
2019

REFORMA PENAL: ALTERAÇÕES NO ARTIGO 157 E SUA APLICABILIDADE

Monografia aprovada para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob orientação do Professor Jurandir José dos Santos.

Banca Examinadora

Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, _____ de _____ de 2019

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus em sua grandiosidade e benevolência que permitiu a realização deste feito, ao nosso grande arquiteto do universo por ter guiado e iluminado os meus caminhos, bem como providenciou graças e glórias à minha evolução espiritual neste momento de eterno aprendizado.

Agradeço aos meus pais, meus heróis, símbolos do mais profundo exemplo de amor e dedicação, ídolos que demonstraram que a ética e disciplina são as duas melhores qualidades de um ser humano.

Agradeço a minha namorada Catherine, cuja dedicação e zelo são inabaláveis, a melhor companheira de todos os momentos.

Agradeço ao meu irmão que sempre presente ao meu lado, me ajudou a perseverar nos meus objetivos, perspicaz e altruísta foram suas ponderações.

Agradeço ao meu orientador Doutor Jurandir José dos Santos, Promotor de Justiça, figura pública de ilibada reputação, que não poupou esforços para me orientar na conclusão deste trabalho, corrigindo, argumentando, incentivando de todas as formas, seja com materiais atualizados como com o apoio didático necessário.

Agradeço ao grupo de apoio da pós-graduação pela atenção proporcionada, bem como à instituição de ensino Toledo Presidente Prudente Centro Universitário pela oportunidade de concluir curso de Bacharelado em Direito, e agora a conclusão da pós-graduação.

Deixo o meu apelo aos professores, tanto da pós-graduação, quanto do curso de Bacharelado, excelentes profissionais, que trataram com o máximo respeito todas as opiniões defendidas em sala de aula, bem como pela chance de receber um pouco dos seus conhecimentos, obrigado pelas lições, indicações de obras, pelo tempo dispendido para nos instruir.

Sou muito grato aos meus familiares e amigos, não poderei me esquecer daqueles que direta ou indiretamente influenciaram minha vida, aos meus póstumos parentes que deixaram comigo as melhores lembranças de amor e carinho.

RESUMO

O presente trabalho analisa as alterações decorrentes da Lei 13.654, de 23 de abril de 2018 com os crimes de furto e de roubo, classificados nos artigos 155 e 157 do Código Penal Brasileiro, em específico as minúcias das causas de aumento de pena, bem como os desdobramentos jurídicos pertinentes a esta alteração. Verificaremos a discussão jurídica da revogação da causa de aumento do crime de roubo com arma, bem como os efeitos decorrentes, com objeto de análise dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais contrários e favoráveis. Parte da jurisprudência entende cabível a revogação do inciso primeiro, do parágrafo segundo, agindo pela constitucionalidade da lei, contrário a este posicionamento está o Ministério Público, questionando a legalidade da revogação. Estabelecido o embate, podemos analisar as decisões jurídicas decorrentes, bem como o atual entendimento firmado, e, desta forma, verificar quais são os meios cabíveis para a aplicação na área de execuções penais. A análise da área de execuções penais é importante para verificar o meio correto de aplicação da *novatio legis in melius*, ou seja, nova lei mais benéfica. Os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários são importantes para compreender os embates atuais das divergências, desta forma, delimitando as opiniões acerca do tema, definindo posicionamento contrário ou favorável ao tema.

Palavras-chave: Direito Penal. Lei 13.654/2018. Furto e Roubo. *Abolitio Criminis*. *Novatio Legis in Mellius*. Execução Penal. Lei de Execuções Penais.

RESUMEN

El presente trabajo analiza las alteraciones derivadas de la Ley 13.654, de 23 de abril de 2018, con los delitos de hurto y de robo, clasificados en los artículos 155 y 157 del Código Penal Brasileño, en particular las minucias de las causas de aumento de pena, así como los desdoblamientos jurídicos pertinentes a esta modificación. Se verificará la discusión jurídica de la revocación de la causa de aumento del crimen de robo con arma, así como los efectos resultantes, con objeto de análisis de los entendimientos doctrinales y jurisprudenciales contrarios y favorables. La parte de la jurisprudencia entiende que la revocación del inciso primero, del párrafo segundo, actuando por la constitucionalidad de la ley, contrario a este posicionamiento está el Ministerio Público, cuestionando la legalidad de la revocación. Establecido el embate, podemos analizar las decisiones jurídicas resultantes, así como el actual entendimiento firmado, y, de esta forma, verificar cuáles son los medios adecuados para la aplicación en el área de ejecuciones penales. El análisis del área de ejecuciones penales es importante para verificar el medio correcto de aplicación de la *novatio legis in melius*, o sea, nueva ley más benéfica. Los entendimientos jurisprudenciales y doctrinarios son importantes para comprender los embates actuales de las divergencias, de esta forma, delimitando las opiniones sobre el tema, definiendo posicionamiento contrario o favorable al tema.

Palabras clave: Derecho Penal. Ley 13.654/2018, Hurto y Robo. *Abolitio Criminis*. *Novatio Legis in Mellius*., Ejecución Penal. Ley de Ejecuciones Penales.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL	10
2.1 Princípio da Legalidade	10
2.2 Princípio da Anterioridade	11
2.3 Princípio da Reserva Legal	12
2.4 Princípio da Proibição da Analogia in Malan Parten	12
2.5 Princípio da Taxatividade	13
2.6 Princípio da Irretroatividade da Lei Penal	14
2.7 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	15
2.8 Princípio da Culpabilidade	16
2.9 Princípio da Lesividade	18
2.10 Princípio da Intervenção Mínima	19
2.11 Princípio da Fragmentariedade	20
2.12 Princípio da Proporcionalidade	21
2.13 Princípio da Insignificância	23
2.14 Princípio da Individualização da Pena	24
2.15 Princípios que Solucionam o Conflito Aparente de Normas	25
2.15.1 Princípio da especialidade	25
2.15.2 Princípio da subsidiariedade	26
2.15.3 Princípio da consunção ou da absorção	27
2.15.4 Princípio da alternatividade	28
2.16 Princípio da Extra-atividade da Lei Penal	28
3 HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DA PENA NO BRASIL	30
3.1 O Código Criminal do Império	32
3.2 O Código Penal da República	33
3.3 O Código Penal de 1942	34
4 ANÁLISE DO BEM JURÍDICO NOS CRIMES DE FURTO E ROUBO	36
4.1 Momento da Caracterização do Furto	38
4.2 Bem Jurídico do Crime de Roubo	39
4.3 Roubo Próprio e Impróprio	41
4.4 Consumação do Crime de Roubo	41
4.5 Discussão a respeito do uso de Simulacro de Arma de fogo	43
5 ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI 13.654/2018	47
5.1 Discussão a Respeito da Legalidade da Lei 13.654/2018	48
5.2 Direito Comparado – Portugal e Argentina e o Crime de Roubo	52
5.3 Atualidade da Aplicação de Crimes de Roubo com Arma Própria e Imprópria ...	55
6 COMPETÊNCIA DO JUIZ DA EXECUÇÃO CRIMINAL E REVISÃO CRIMINAL ..	57
6.1 Agravo em Execução Criminal	59
6.2 <i>Habeas Corpus</i>	61
6.3 Revisão Criminal	64

6.4 <i>Abolitio Criminis e Novatio legis in Mellius</i>	68
7 SISTEMÁTICA DA PENA NAS ALTERAÇÕES DO CRIME DE ROUBO	69
8 CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou introduzir inicialmente os princípios do direito penal, necessários para a evolução do tema, posteriormente verificou a história do Direito Penal no Brasil, para em seguida tratar a respeito dos crimes de furto e roubo, bem como as alterações decorrentes da Lei 13.654 de 23 de abril de 2018 que provocou acirrada discussão jurídica, até a eventual evolução para a área da execução da pena.

Cumpramos ressaltar que a referida lei introduziu causa de aumento de pena para o crime de roubo do artigo 157, com o emprego de arma de fogo, em dois terços. Adicionou causa de aumento de pena para a utilização de explosivos no crime de roubo, em mesma quantidade e selecionou o roubo de objetos explosivos no aumento de um terço. Mesma exegese jurídica ocorreu na realização da lei com relação ao crime de furto do artigo 155, ao utilizar explosivos como meio para o furto, ou ao furtar objetos explosivos, a pena aplicada foi delimitada de quatro a dez anos.

A Lei 13.654/2018 trouxe controvérsias ao ordenamento jurídico, ao revogar expressamente o consoante no parágrafo segundo, inciso primeiro, do artigo 157, cuja expressão era roubo com utilização de arma. Desta forma, retirando do escopo da causa de aumento de pena, tendo em vista a atuação do Ministério Público, houve a defesa pela inconstitucionalidade da lei, em relação ao inciso revogado. Em contrapartida, a Defensoria Pública arguiu pela constitucionalidade da lei. Cabendo aos Tribunais aquilatar a referida temática.

O método dedutivo-comparativo demonstra maior controle a respeito do tema ao verificarmos os variados julgados a respeito da sistemática, bem como os entendimentos contrários e favoráveis, por intermédio de pesquisas bibliográficas e análises jurisprudenciais, para posteriormente se emitir opinião acerca do tema.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Princípios são postulados fundamentais que norteiam áreas de atuação em alguma vertente da sociedade. Verificaremos os principais princípios basilares da vertente de Direito Penal, bem como posteriormente os subprincípios decorrentes, que possuem intersecção com a proposta de estudo defendida.

2.1 Princípio da Legalidade

Indicado como fundamento basilar do sistema Brasileiro o Princípio da Legalidade está elencado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, nos seguintes termos: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*

Consagrado constitucionalmente, pode ser identificado também infra constitucionalmente no Código Penal em seu artigo 1º, nos seguintes termos: *Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*

Entende Amaral (2003, p. 81-82) que o princípio da legalidade possui características bem definidas que atuam como uma barreira protetora para o delinquente diante das intervenções do estado, ou seja, são garantias protecionistas.

Explicita a atuação do princípio da legalidade Estefam (2018a, p. 142):

Acrescente-se, por fim, que o princípio da legalidade tem importância ímpar em matéria de segurança jurídica, pois salvaguarda os cidadãos contra punições criminais sem base em lei escrita, de conteúdo determinado e anterior à conduta. Exige, ademais disso, que exista uma perfeita e total correspondência entre o ato do agente e a lei penal para fins de caracterização da infração e imposição da sanção respectiva.

O referido princípio busca proteger o indivíduo do poder do Estado, garantindo uma legítima atuação estatal apenas após a definição de lei, e evitando qualquer punição de sua legitimidade, quando não houver a prévia determinação legal para a mesma.

Expõe os fundamentos do princípio da legalidade Amaral (2003, p. 85):

Revela-se tal princípio garantia para o cidadão frente ao poder punitivo do Estado, amparado em texto constitucional (artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal), para orientar o legislador a conceber um sistema de controle penal

voltado para os direitos humanos, embasado em um direito penal de culpabilidade, um direito penal mínimo e garantista.

Percebe-se que os referidos fundamentos para este princípio interligam-se a outros princípios, intrinsicamente envolvidos ao princípio da legalidade, como por exemplo, o princípio da dignidade humana, o princípio da intervenção mínima, o princípio da culpabilidade, entre outros que serão expostos posteriormente.

Acerca do aludido princípio da legalidade indica Beccaria (2011, p. 20):

A primeira consequência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.

O princípio da legalidade preluze garantias que podem ser reconhecidas como princípios ou subprincípios derivados, sendo estes princípios decorrentes os princípios da anterioridade, estrita legalidade e taxatividade, que serão vistos a seguir:

2.2 Princípio da Anterioridade

Postulado decorrente da legalidade a anterioridade também é elencada nos mesmos moldes da Legalidade no Artigo 1º do Código Penal e no Artigo 5º XXXIX da Constituição Federal de 1988:

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

Art. 5º - XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Aduz o referido princípio que o agente não pode ser punido pela prática de ação anterior à tipificação pela vigência da lei penal. A lei penal deve ser anterior à conduta realizada pelo indivíduo para que possa ocorrer a responsabilização pela prática do ato. Proporcionando garantias individuais que dão abertura a uma segurança jurídica geral.

2.3 Princípio da Reserva Legal

As relações sociais se desenvolvem por meio das interações constantes entre povos, interações estas, que passam a fazer parte do cotidiano de todas as classes sociais, os usos e costumes de um povo, em muitos casos se perpetuam pelo tempo ou são rapidamente modificados em acordo com a ética social e sua evolução constante, ocorre que na área do direito penal os usos e costumes não devem influenciar na punição do acusado em acordo com o princípio da reserva legal.

Estefam (2018a, p. 144) conceitua o princípio da reserva legal:

É preciso, também, que a incriminação se baseie em *lei no sentido formal*. Não pode o direito consuetudinário ou o emprego de analogia embasar a punição criminal de um ato, ou mesmo o agravamento das consequências penais de uma infração penal definida em lei. Os usos e costumes, por mais arraigados que possam ser em determinada comunidade, não podem embasar a existência de um crime.

Desta forma usos e costumes não podem prejudicar o acusado, mas indica ainda Estefam, (2018a, p. 144) que a utilização dos costumes para a forma permissiva da conduta é cabível no ordenamento jurídico, podendo atuar como fonte mediata no Direito Penal ao auxiliar o entendimento de expressões, em acordo com o contexto da interpretação da época.

2.4 Princípio da Proibição da Analogia in Malan Parten

Analogia no direito penal pode ser reconhecida como a atitude de providenciar idêntica pena para ações semelhantes, sem que estas estejam cogitadas especificamente no texto de lei, contudo, grande parte da doutrina entende que analogia se rege contra os preceitos dignos da esfera do Direito Penal.

Hungria (1955, p.84-85) conceitua analogia diferenciando-a de interpretação extensiva:

Certa semelhança existe, *prima facie*, entre a interpretação extensiva e a analogia, que, como já vimos, é inadmissível em matéria penal; mas essencialmente se distinguem. Na interpretação extensiva, dá-se a ampliação do sentido das palavras para acomodá-lo à própria vontade da lei; na analogia, o que se amplia é a vontade mesma da lei, para resolver, por mera identidade de razão, um caso não previsto, explícita ou

implicitamente, pelo legislador. A analogia, portanto, não é interpretação, mas criação ou formação de direito novo, isto é, aplicação extensiva da lei a casos de que esta não cogita. Com ela, o juiz faz-se legislador, para suprir as lacunas da lei. É um *processus* integrativo, e não interpretativo da lei. (...).

Destacamos desta doutrina o entendimento de Hungria (1955, p. 84-85), a analogia pode ser considerada um processo integrativo que formula uma aplicação da lei para algo por ela não cogitado. A principal diferenciação de analogia e interpretação extensiva em acordo com Hungria decorre que; a analogia amplia a vontade a lei, enquanto na interpretação extensiva adequa o sentido da palavra à intenção da lei. Ocorre que atualmente não é admitida em nosso ordenamento jurídico analogia *in malam partem*, definida como a analogia que prejudica o acusado, mas é admitida a interpretação extensiva.

A analogia *in bonam partem*, benéfica ao agente, diferentemente da analogia *in malam partem*, é permitida pelo ordenamento jurídico, pois não prejudica o acusado, não constitui gravame sua condição e aplicação.

2.5 Princípio da Taxatividade

Taxar, verbo de ação, nada mais demonstra do que a definição de limites, portanto, a lei ao respeitar o princípio da taxatividade deve ser definida em seus limites, a interpretação com clareza da lei e de seu entendimento exemplificam funções do aludido princípio.

Conceitua Estefam (2018a, p. 145) o princípio da taxatividade: “A lei penal deve ser determinada em seu conteúdo. Não se permite a construção de tipos penais excessivamente genéricos, os quais são denominados tipos penais vagos.”

Reforça a necessidade de tipos penais claros e escritos em língua ativa de conhecimento aberto da população, Beccaria (2011, p. 24):

Se a arbitrária interpretação das leis constitui um mal, a sua obscuridade o é igualmente, pois precisam ser interpretadas. Tal inconveniente ainda é maior quando as leis não são escritas em língua comum.

Ponde o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quantos mais homens o lerem, menos delito haverá, pois não é possível duvidar que, no espírito do que pensa cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas coloquem um freio à eloquência das paixões.

Demonstra desta forma Beccaria (2011, p. 24), que o prévio conhecimento da tipificação criminosa pode ensejar um obstáculo à conduta criminosa do agente ao ter conhecimento da pena aplicada à conduta característica, demonstrando uma possível diminuição do cometimento de crimes, bem como o caráter preventivo da pena.

2.6 Princípio da Irretroatividade da Lei Penal

O princípio da irretroatividade está contido no Artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal, nos seguintes termos: *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.*

Bem como está elencada infra constitucionalmente no Artigo 2º do Código Penal, nos seguintes termos:

Art. 2º: Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Portanto, do referido princípio aduz-se o entendimento de que somente retroagirá a lei para beneficiar o acusado, desta forma leciona André Estefam, (2008a, p. 150):

A retroatividade benéfica, entretanto, não é proibida, já que não abala a confiança no Direito Penal e, ademais, justifica-se como medida de isonomia. Não teria sentido que alguém cumprisse pena depois de uma lei considerar a conduta pela qual foi condenado como plenamente irrelevante, sob pena de, em não sendo assim, conviverem, ao mesmo tempo, alguém cumprindo pena pelo fato enquanto outros o praticam sem sofrer qualquer consequência penal.

A norma evita que haja uma disparidade entre a punição dos indivíduos que cometem a mesma conduta, prezando pelo princípio da isonomia.

2.7 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Princípio basilar que obteve força executiva após as inúmeras atrocidades cometidas pelos Nazistas na Segunda Guerra Mundial, passou a nortear as constituições de inúmeros países democráticos no pós-guerra.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Assembléia Geral das Nações Unidas, adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948.

Em seu preâmbulo, preconizou descrito o direito à dignidade e a proteção efetiva à dignidade inerente ao ser humano nos seguintes termos:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

A Declaração Universal dos Direitos Humanos agiu em prol da proteção às pessoas no pós-guerra e em atuou claramente em razão de seu Artigo 5º, que buscou evitar tratamentos cruéis, redigido “*ipsis litteres*”: *Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.*

Atualmente o princípio da dignidade da pessoa humana está difundido em inúmeras partes na Constituição Brasileira, como por exemplo, em seu Artigo 1º, aduz que a Constituição Federal Brasileira tem como fundamento, a dignidade da pessoa humana, bem como em caráter infraconstitucional, servindo na qualidade de parâmetro base nas áreas legislativa, executiva e judiciária.

A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, leciona Estefam (2018a, p. 139):

A dignidade da pessoa humana, configura, portanto, valor transcendental e verdadeiro sobreprincípio, orientador de toda a interpretação normativa, apta a influenciar a aplicação do ordenamento jurídico e nortear a atuação estatal em todos os seus setores.

Como exemplo de sua difusão e atuação em vários setores, cite-se o artigo 5º, inciso XLVII, que veda aplicação de penas cruéis nos seguintes termos:

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

Pormenorizando a função do princípio da dignidade da pessoa humana, demonstra ainda Estefam (2018a, p. 141):

Serve o sobreprincípio, nessa medida, não só como freio às ações estatais, mas como barreira às próprias pessoas, de modo a exigir delas o respeito à dignidade das demais. Em se tratando de direitos indisponíveis, como a vida ou a saúde, afigura-se possível valer-se de instrumentos legais tendentes a salvaguardar o bem-estar dos indivíduos, ainda mais quando estes se tornarem um risco a si mesmos e a terceiros.

Portanto, podemos perceber que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio basilar que tem atuação em todas as áreas do Direito, e funciona como um contraposto aos atos que tendem a lesionar ou extinguir direitos, garantias fundamentais individuais e coletivas das pessoas em relação geral e indistinta.

Acerca do aludido princípio, leciona Beccaria (2011, p. 49):

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.

Indica em sua obra Beccaria (2011, p. 49-51) a necessidade de evitar penas cruéis e degradantes, fazendo uma alusão ao princípio da proporcionalidade, de forma a regrar as penas impostas na época, que estavam agindo contra uma das finalidades da pena, que é prevenir o delito. Portanto há, ainda que em caráter inicial, alusão ao princípio da proporcionalidade em relacionamento ao princípio da dignidade da pessoa humana, por Beccaria na área de Direito Penal.

2.8 Princípio da Culpabilidade

Estefam (2018a, p. 148), afirma que em um primeiro momento as sanções penais não exigiam que o fato fosse doloso ou culposos, em respectiva análise, indica que, na Idade Média existia a punição por fatos causados por uma

conduta ilícita ainda que não previstos ou não queridos e nem ao menos previsíveis, ou seja, bastava realizar a conduta para ser punido.

Amaral (2003, p. 172) demonstra as origens do princípio da culpabilidade:

As raízes da teoria da culpabilidade se encontram na ciência do direito penal italiano da Baixa Idade Média e na doutrina do direito comum que sobre essa base se elaborou nos séculos XVI e XVII. Na evolução Posterior influiu, sobretudo, a concepção da culpabilidade do direito natural. A partir desta perspectiva foi Samuel Pufendorf (1634-1694) quem ofereceu com o conceito de imputação (*imputatio*) a primeira estrutura mental susceptível de desenvolvimento. Imputabilidade significa que a ação *livre* se reputa pertencente ao autor (*ad ipsum proprie pertinens*) e, por conseguinte, fundamento de sua responsabilidade. . Mais de cem anos depois, para Kleinschrod a “causa de toda imputação era o fato de que a ação se empreendeu com liberdade”. Segundo os hegelianos, que consideravam o delito como separação livremente eleita da vontade particular com relação à vontade geral expressada na lei, todo sistema de direito penal descansava sobre a imputação subjetiva. Binding trouxe essa concepção vinculada ao pressuposto da liberdade de vontade até a dogmática atual. Assim, a culpabilidade surgiu – historicamente – como atribuição de um resultado ao seu autor.

Desta forma, cabe identificar que ambos os doutrinadores acima citados, demonstram que o princípio da culpabilidade pode ser definido inicialmente como a classificação, atribuição e indicação de um resultado ao indivíduo que realizou o ato.

Caracteriza a culpabilidade Hungria (1947-1959, p. 25):

Culpabilidade (culpa “senso lato”). Para reconhecimento do crime, como *fato punível*, não bastam a tipicidade e a injuricidade: é também necessário que haja uma relação subjetiva ou de causalidade psíquica vinculando o fato ao agente (culpabilidade, culpa *sensu lato*). Cumpre que o fato seja *culpado*. *Nulla poena sine culpa*. O agente deve ter *querido* livremente a ação ou omissão e o resultado (dolo), ou pelo menos, a ação ou omissão (culpa *stricto sensu*)(...).

A partir do exposto, o agente não pode ser responsabilizado apenas por realizar o ato ou agir de forma omissiva, deve-se averiguar se ele está com todos os requisitos para a sua responsabilização, o fato não deve ser apenas típico e antijurídico, a ação ou omissão deve ser dotada de espontaneidade, livre, ausente máculas na vontade do agente.

Conceitua culpabilidade Greco (2015, p. 125):

Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo.

Caso o agente fique caracterizado com a possibilidade de agir de outro modo, o mesmo ficará responsabilizado, mas, caso não haja maneira de evitar o ocorrido, de forma a exprimir que o agente não poderia no caso em concreto agir de forma contrária, pode existir uma causa de excludente de sua conduta, não o punindo pela prática do seu ato, a ser analisado no caso concreto.

Explica Estefam (2018a, p. 148):

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio possui raiz constitucional (implícita), deduzindo-se do inciso LVII do art 5º (“ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”) e do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º), o qual constitui seu fundamento axiológico.

É possível verificar mais um postulado de atuação do princípio da dignidade da pessoa humana, neste caso, é a base dos valores predominantes da sociedade Brasileira.

Compreende Estefam (2018a, p. 148-149) que o princípio da culpabilidade pode ser dividido em três importantes dimensões: proibir a responsabilidade penal sem dolo ou culpa, vedar a aplicação da pena sem culpabilidade e a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido, verifica-se que o legislador assimilou todas as dimensões do princípio da culpabilidade; nos artigos 18 e 19 do Código Penal, com relação a responsabilidade penal sem dolo ou culpa, bem como nos artigos 21,22, 26 a 28 do Código Penal, vedando a aplicação da pena sem culpabilidade, e nos artigos 59 a 68 do Código Penal quanto a regulação da dosimetria da pena.

2.9 Princípio da Lesividade

Estefam (2018a, p. 153) afirma que o princípio da lesividade baseia-se na premissa que não há crime sem lesão efetiva ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado – *nullum crimen sine injuria*. Contudo, em conformidade com o entendimento da jurisprudência, aceita como válidos a tipificação de delitos de

perigo abstrato, fundamentando que os mesmos constituem uma legítima punição de infrações penais em sua forma embrionária.

Para Greco (2015, p. 101) o princípio da lesividade ou ofensividade, possui quatro funções principais, proibir a incriminação de uma atitude interna, proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Conclui sua arguição Greco (2015, p. 103):

Concluindo, todas as vertentes acima traduzem, na verdade, a impossibilidade de atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado. Aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária *tolerância* que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas que, naturalmente, são diferentes.

Desta forma, podemos destacar que se a conduta do agente não ocasionar lesão à bem jurídico, não pode esta ser conceituada como criminosa, ainda que socialmente reprovável, se não gerar dano, lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, não pode ser cogitada uma pena ao agente. Entretanto, doutrinariamente o crime de perigo abstrato é aceito, ou seja, a partir do momento no qual a atitude do autor ameaçar ferir um bem jurídico de extrema relevância, indicado em lei, poderá ser responsabilizada, é o que ocorre nos casos dos artigos dos crimes de Terrorismo, Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, por conseguinte, basta ameaçar lesionar, para que haja a responsabilidade.

2.10 Princípio da Intervenção Mínima

Os diversos ramos do direito são capazes de solucionar conflitos que ofendem bens jurídicos, portanto por ser uma medida invasiva e de elevado grau de complexidade e gravidade, a tutela penal deve ser a última medida a ser utilizada para proteger os bens jurídicos tutelados de maior relevância.

Leciona o surgimento da intervenção mínima Estefam (2018a, p. 153):

A intervenção mínima surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como modo de garantir que a intervenção estatal no plano individual deva se dar apenas quando estritamente necessário.

É possível verificar claramente que o sentido da tutela seria para minorar a incidência da ação do Estado em todos os atos e inclusive em ramos desnecessários de atuação.

Neste mesmo sentido indica Masson (2016 p. 50):

Para enfrentar esse problema, estatuiu a Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8º, que a lei somente deve prever as penas estrita e evidentemente necessárias. Surgia o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico. (...).

Caso não seja evidente e necessária a intervenção estatal, perde-se o fulcro de atuação e conseqüentemente não há a invasão da tutela penal.

Conceitua o princípio da intervenção mínima Greco (2015, p. 97):

O princípio da intervenção mínima, ou *última ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, por que considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.

Portanto, Greco (2015, p. 97-99) entende que não somente o princípio da intervenção mínima tutela a criação das leis e sua aplicação, bem como, tutela retirar a proteção de leis que com a evolução da sociedade deixaram de ser bens com relevância necessidade de proteção, sendo que podem e devem ser protegidos por outros ramos do direito que não o Direito Penal.

2.11 Princípio da Fragmentariedade

Estefam (2018a, p. 154), conceitua o princípio da fragmentariedade como uma característica do Direito Penal, que sob a forma de princípio, busca estabelecer que as normas penais em regra somente devem se preocupar em punir

uma pequena parcela, um fragmento dos atos ilícitos, sendo justamente as condutas mais graves dos bens jurídicos mais importantes.

Para Greco (2015, p.109), o referido princípio se conceitua como:

(...) O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária.

O aludido princípio demonstra que não basta uma ofensividade a um bem jurídico, é importante averiguar se o bem é de indispensável importância para a atuação da tutela penal, bens jurídicos não ofendidos não merecem a atuação estatal, ademais, os mesmos bens jurídicos, para serem protegidos, devem ser de grande importância e zelo dentro dos entendimentos de uma sociedade para que o Direito Penal torne-se defensor de sua dignidade, agindo em sua defesa, desta forma, somente uma pequena parte dos bens jurídicos pode ser englobada pela defesa do Direito Penal.

O Doutrinador Jesus (2014, p. 52) entende que o princípio da fragmentariedade: “é uma consequência dos princípios da reserva legal e da intervenção necessária (mínima).” Já Greco (2015, p. 109) entende que é um “(...) corolário dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social (...)”.

Ainda que os Doutrinadores referidos sejam divergentes no entendimento da decorrência do princípio da fragmentariedade, ambos são uníssomos em entender que a fragmentariedade decorre do princípio da intervenção mínima.

2.12 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade adveio de uma evolução histórica para defender os interesses e garantias individuais do acusado contra um agente opressor dando balanceamento às penas aplicadas, posteriormente, evoluiu para solucionar conflito aparente de postulados, baseando a aplicação dos mesmos, e atualmente uma de suas vertentes é a utilização para avaliar em sociedade os meios utilizados em uma ponderação entre o ato gravoso pelo Direito Penal e a garantia

agravada, garantia esta fundamental, identificando qual é a solução mais eloquente no plano postulado da atitude proporcional, como por exemplo, a área do Direito Penal do Inimigo.

Masson, (2016, p. 53-54) introduz o princípio da proporcionalidade:

De acordo com o princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da razoabilidade ou da convivência de liberdades públicas, a criação de tipos penais incriminadores deve constituir-se em atividade vantajosa para os membros da sociedade, eis que impõe um ônus a todos os cidadãos, decorrente da ameaça de punição que a eles acarreta. Sua origem normativa remonta aos itens 20 e 21 da Magna Carta do Rei João sem Terra de 1215.

Neste diapasão, Greco (2015, p.125) relata o princípio da proporcionalidade, afirmando que o referido princípio somente firmou-se na área penal durante o período iluminista, em especial com a obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, que em sua conclusão Beccaria (2011, p. 107), defendeu a proporcionalidade entre a pena aplicável e o delito cometido.

Explicitou Greco (2015, p. 126), que o princípio da proporcionalidade no plano abstrato, foi amparado pelo legislador, que se preocupou em respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, consignando-o como um dos fundamentos do Estado Social Democrático de Direito.

Masson (2016, p. 54) afirmou ainda, que o princípio da proporcionalidade possui três destinatários:

Na proporcionalidade abstrata (ou legislativa), são eleitas as penas mais apropriadas para cada infração penal (seleção qualitativa), bem como as respectivas graduações – mínimo e máximo (seleção quantitativa). Na proporcionalidade concreta (ou judicial), orienta-se o magistrado no julgamento da ação penal, promovendo a individualização da pena adequada ao caso concreto. Finalmente, na proporcionalidade executória (ou administrativa) incidem regras inerentes ao cumprimento da pena, levando-se em conta as condições pessoais e o mérito do condenado.

O princípio da proporcionalidade insurge nas áreas legislativas, definição de pena em análise ao caso concreto buscando efetivar as individualidades do acusado e posteriormente, na área da Execução Penal.

Destaca Masson (2016, p. 54-56), que o aludido princípio deve ser analisado sobre uma dupla face, inicialmente proibir excessos, evitando cominação e

aplicação de penas exageradas e desnecessárias, bem como, impedir a proteção insuficiente de bens jurídicos, não tolerando punições abaixo das medidas corretas.

Não obstante o acima exposto, acerca do conflito de normas fundamentais, Moraes (2011, p. 306), erude:

Assim, o princípio da proporcionalidade vem sendo invocado para solucionar esses conflitos, sopesando os valores para se aferir qual deverá prevalecer em determinado caso, sendo, portanto, possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia, quando houver preponderância destes últimos.

Consequentemente, ao verificar normas fundamentais em conflito, analisa o valor e a atual situação no caso em concreto e busca-se a atuação mais próxima ao postulado da proporcionalidade, de forma a evitar excessos e impedir proteção insuficiente dos bens jurídicos, suprimindo uma das normas fundamentais por detrimento em relação à outra norma.

2.13 Princípio da Insignificância

Preconiza Estefam (2018a, p. 150) que Claus Roxin desenvolveu o princípio da insignificância ou bagatela, indicando que ações que causem lesões insignificantes ao bem jurídico devam ser consideradas penalmente irrelevantes, gerando condutas atípicas.

O Supremo Tribunal Federal em conjunto com a doutrina tem aceitação unanime do princípio da insignificância, analisando se há relevante lesão ao bem jurídico ou se a lesão pode ser considerada insignificante, para isto o Supremo qualificou critérios.

Estefam (2018a, p. 151) explica os critérios adotados:

O Supremo Tribunal Federal vem adotando critérios que nos parecem ajustados para a verificação, em cada caso, da possibilidade de aplicar o princípio. São eles: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP).

Neste diapasão, pode-se afirmar que certas condutas que não causem relevante dano aos bens jurídicos podem ser classificadas como atípicas, em face

do princípio da insignificância, se estiverem presentes os requisitos acima mencionados pelo Supremo Tribunal Federal.

2.14 Princípio da Individualização da Pena

Determinado em nossa Constituição Federal de 1988, no Artigo 5º, XLVI, indica que a lei regulará a individualização da pena, este princípio está contido no corolário do sistema penal e a ele será atribuído três fases de aplicação; na elaboração das leis, na aplicação da pena e na execução da pena.

O doutrinador Estefam (2018a, p. 414) aduz:

(...) O princípio deve ser observado, em primeiro lugar pelo legislador, a quem se proíbe a construção de tipos penais que retirem do magistrado a possibilidade de estabelecer uma pena que leve em conta a natureza particular do crime cometido, com todas as suas características relevantes, bem como os aspectos ligados ao agente que, de algum modo, guardem relação com o fato praticado. Depois da individualização legislativa, há ainda a individualização judicial, que se reflete justamente no intrincado e rico procedimento de aplicação da pena, que será objeto de estudo no presente capítulo. Sob esse *prima*, é vedado ao julgador impor uma sanção padronizada ou mecanizada, olvidando os aspectos únicos da infração cometida. Há, ainda, a individualização executiva, a ser observada durante a execução da pena, com vistas à ressocialização do sentenciado.

Estefam (2018a, p. 360-361) explica que individualizar é dar tratamento especial analisando as peculiaridades do agente e do caso concreto. Portanto o legislador ao elaborar as leis deve-se atentar ao aludido princípio não retirando da área de atuação do aplicador do direito, o juiz, meios para individualizar a pena. Bem como o juiz ao aplicar a sanção deve ater-se ao fato, atributo, individual de cada infrator, evitando aplicar uma pena idêntica para todos os infratores, ele deve observar o perfil e os efeitos da pena ao sentenciado e individualizar a sua decisão. Cabe observar que na área da Execução Penal, o legislador corroborou para a aplicação do referido princípio, existem diversos meios para individualizar o cumprimento de pena do sentenciado, no caso concreto, por exemplo: o reeducando que possui conduta comportamental correta dentro do sistema carcerário será beneficiário do sistema progressivo de pena.

2.15 Princípios que Solucionam o Conflito Aparente de Normas

O conflito aparente de normas surge quando supostamente um fato, ação ou conduta, possa ser elencado em tipos penais divergentes, ao enquadrar o fato com o aludido tipo, deve-se perceber que somente a um tipo deveria ser enquadrado o fato, e em caso contrário há um conflito aparente de normas.

São variados os princípios que propõem solucionar este conflito, como por exemplo, os princípios da especialidade, subsidiariedade, consunção ou absorção e alternatividade.

2.15.1 Princípio da especialidade

O princípio da especialidade pode ser entendido como a lei especial derroga a lei geral, (*Lex Specialis Derogat Generalis*), aplica-se a lei mais específica ao caso, que possui maiores elementos cognitivos de classificação.

Estefam (2018a, p. 108) alude acerca do princípio da especialidade:

A relação de especialidade verifica-se quando há entre os dois tipos penais que descrevem os delitos em análise relação de gênero e espécie. O crime que contém todas as elementares do outro, mais algumas que o especializam, denomina-se crime especial, e o outro, crime genérico.

Neste mesmo sentido Masson (2016, p. 148):

A lei especial, também chamada de específica, possui sentido diferenciado, particularizado. Cuida-se daquela cuja previsão reproduz, de modo exposto ou elíptico, a da lei geral, tornando-a especial pelo acréscimo de outros elementos.

Portanto, em acordo com o aludido princípio baseia-se no viés da identificação de gênero, mais elementares que a classificam, pormenorizando o ato delitivo, identificando a lei geral, que com caracterização de elementos que a especializam, identifica-se como lei especial.

A respeito do princípio da especialidade Bitencourt (2017, p. 265) expõe a relação de especialidade entre tipos básicos e derivados, exemplifica sobre o furto qualificado e privilegiado, indica que ambos são especiais com relação ao furto simples, ademais, demonstra a relação de especialidade entre o crime de furto

e o crime de roubo, no qual, analisa-se a área de cabimento da especialidade em um conflito aparente, onde pormenoriza quais são as possíveis derivações sobre um mesmo contexto de pressuposto fático obtendo a visualização clara de que o roubo é uma especialidade em relação ao furto que possui ameaça ou violência contra a pessoa.

O professor Estefam (2018a, p. 108-109) indica a mesma área de exemplificação que Bittencourt, a solução dos conflitos com relação a este princípio são resolvidas de forma abstrata, ao verificar qual das normas elencadas ao caso possui todas as elementares da outra tipificação com acréscimo de mais algumas que o tornam especializado. Um exemplo fornecido pelo professor Estefam é a relação de especialidade entre os crimes de roubo simples do caput do artigo 157, e o roubo agravado do parágrafo segundo do mesmo artigo.

Ambos doutrinadores possuem um método de classificação baseados em derivação e gênero e espécie, o roubo simples do caput do artigo 157 torna-se especial com relação aos meios empregados ou forma utilizada, bem como se entende que o roubo é uma especialidade de furto, pois abrange uma área de atuação maior que visa proteger bens jurídicos mais amplos, como a integridade física do agente, ademais, no caso do furto, não há ofensa ao bem jurídico integridade física (BITENCOURT, 2017; ESTEFAM, 2018a).

2.15.2 Princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade pode ser classificado em acordo com o entendimento de Masson (2016, p. 151):

Estabelece que a lei primária tem prevalência sobre a lei subsidiária (*lex primaria derogat legi subsidiarie*). Esta é a que define como crime um fato incluído por aquela na previsão de delito mais grave, como qualificadora, agravante, causa de aumento de pena ou, inclusive, modo de execução. Portanto, há subsidiariedade entre duas leis penais quando se trata de estágios ou graus diversos de ofensa a um mesmo bem jurídico, de forma que a ofensa mais ampla e dotada de maior gravidade, descrita pela lei primária, engloba a menos ampla, contida na subsidiária, ficando a aplicabilidade desta condicionada à não incidência da outra.

Em regra, duas tipificações de condutas com a classificação de gravidade a abrangência do fato, diferenciadas em si, atuam como precursor do princípio da subsidiariedade, primeiramente, aplica-se a lei mais abrangente,

posteriormente, caso não seja cabível, a lei secundária será aplicada, ou seja, a lei secundária atua na defesa posterior do direito a proteção dos bens jurídicos, ainda que de forma menos grave.

Masson (2016, p. 151-153) afirma que o tipo secundário pode ser inserido no tipo principal, no caso do roubo artigo 157 que contém em sua integração os crimes de furto, ameaça ou lesão corporal, portanto a lei subsidiária exerce função complementar diante da lei principal, somente sendo aplicada quando não puder ser caracterizado o arquétipo da primeira lei mais grave. Nesse diapasão, o princípio da subsidiariedade não contém elementos especializantes, mas sim, a descrição do tipo penal mais abrangente e grave, que caso não possa ser aplicado delega sua capacidade de aplicação ao princípio menos grave, ou seja, no princípio o crime menos grave e abrangente atua como um soldado de reserva.

2.15.3 Princípio da consunção ou da absorção

Existem três fases que o agente caminha para a realização do crime, a cogitação, que não é punível, os atos preparatórios, que poderá ser punível em alguns casos específicos, e os atos executórios, que são puníveis; o princípio da absorção atua nos atos executórios, posteriormente ou anteriormente ao efetivo deslinde do delito, o agente ao realizar crimes de menor complexidade e ofensividade ao bem jurídico tutelado, de forma que os crimes secundários serão absorvidos com relação ao crime principal, portanto, ao contrário da subsidiariedade, o crime de menor potencial ofensivo será absorvido pelo crime de maior potencial ofensivo, posto que, para realizar o segundo é necessário realizar o primeiro. Neste diapasão, aplica-se apenas a pena do crime de maior potencial ofensivo.

Masson (2016, p. 153) aduz:

De acordo com o princípio da consunção, ou da absorção, o fato mais amplo e grave consome, absorve os demais fatos menos amplos e graves, os quais atuam como meio normal de preparação ou execução daquele, ou ainda, como seu mero exaurimento. Por tal razão, aplica-se somente a lei que o tipifica: *lex consumens derogat let consumptae*.(...)

Justifica Masson (2016, p. 153-154), que no princípio da especialidade, não há comparação abstrata entre leis, os fatos concretos serão comparados, verificando que o mais grave, completo e íntegro, absorve os demais. Ilustre que há

uma sucessão de fatos tipificáveis, no qual, o mais amplo absorve o menos amplo evitando desta forma a dupla punição do agente, *bis in idem*, e por este mesmo motivo, o crime consumado absorve o crime tentado, com mesmo deslinde entre os delitos de dano e os delitos de perigo, de forma que o fato principal absorve os fatos secundários.

2.15.4 Princípio da alternatividade

Masson (2016, p. 159-160), afirma que este princípio pode ser concebido sobre dois conceitos, inicialmente destaca que alternatividade ocorre quando duas ou mais disposições legais se enquadram no mesmo fato, aplicando uma das tipificações em decorrência da exclusão da outra; posteriormente, afirma que pode ocorrer também na hipótese em que o tipo penal engloba vários fatos como tipificações de uma mesma infração penal.

Masson (2016, p. 161) expõe seu entendimento acerca do referido princípio:

Destarte, entendemos ser a alternatividade a consunção que se instrumentaliza no interior de um mesmo tipo penal entre condutas integrantes de leis de conteúdo variado. Em síntese, nada mais é do que a consunção que resolve o conflito entre condutas previstas na mesma lei penal.

Afirma ainda, Masson (2016, p. 160-161), que este princípio não é aceito por parte relevante da doutrina como útil para a solução de conflitos, por possuir sua função esvaziada no princípio da consunção.

2.16 Princípio da Extra-atividade da Lei Penal

A lei penal nova mais severa, *Novatio Legis in Pejus*, é irretroativa em acordo com o Artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, já respaldado anteriormente no princípio da irretroatividade, porém, em situações diversas, onde a norma pode ser identificada como benéfica, a lei penal pode retroagir e ultra-agir, com relação á situação do acusado.

Bitencourt (2017, p. 217) a respeito da retroatividade e ultratividade da lei mais benigna explica:

*No conflito de leis penais no tempo, é indispensável investigar qual a que se apresenta mais favorável ao indivíduo tido como infrator. A lei anterior, quando for mais favorável, terá *ultratividade* e prevalecerá mesmo ao tempo de vigência da lei nova, apesar de já estar revogada. O inverso também é verdadeiro, isto é, quando a lei posterior for mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência.*

Neste diapasão, caso a lei não seja benéfica para o acusado, esta não pode retroagir para agregar infratores que cometeram crimes antes da sua vigência, ademais o artigo 2º do Código de Processo Penal indica:

Artigo 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Desta forma, resta configurado a ultratividade e retroatividade, da lei penal mais benéfica. Bitencourt (2017, p. 219), leciona a respeito da ultratividade e retroatividade no conflito de leis penais no tempo:

A regra geral é a *atividade* da lei penal no período de sua vigência. A *extra-atividade* é exceção a essa regra, que tem aplicação quando, no conflito intertemporal, se fizer presente uma norma penal mais benéfica. São espécies dessa atividade estendida a *retroatividade* e *ultratatividade*. Esses dois efeitos ocorrem: quando a lei revogada por mais benéfica, ela terá ultratividade, aplicando-se ao fato cometido durante sua vigência; no entanto, se a lei revogadora for a mais benigna, esta será aplicada retroativamente.

Analisando a exegese acima argumentada por Bitencourt (2017, p. 219), há a possibilidade de conclusão em duas questões, primeiramente, a lei penal passa a exercer seus efeitos da data de sua vigência, tendo como regra a atividade da lei penal no tempo. Posteriormente, no caso de norma mais benéfica esta retroagirá e poderá ser ultra-ativa, que demonstra a extra-atividade da lei penal no tempo.

3 HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DA PENA NO BRASIL

Os princípios anteriormente citados são importantes para verificarmos sua aplicação e sua ausência na evolução histórica da pena no Sistema Brasileiro. Os costumes e penas inicialmente adotadas pelos indígenas no Brasil, não diferem muito da área da vingança privada, penas com caráter eminentemente retributivo, corpóreo e de cunho vingativo. Penas intimamente ligadas à cultura das tribos indígenas, difundidas oralmente, de tradição consuetudinária.

Bitencourt, (2017, p. 99) afirma que:

A partir do descobrimento do Brasil, em 1500, passou a vigorar em nossas terras o Direito Lusitano. Nesse período, vigoravam em Portugal, as *Ordenações Afonsinas*, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, consideradas como primeiro código europeu completo (...).

Portanto, admitem-se que as primeiras leis vigentes no território brasileiro vieram das terras portuguesas, estas eram aplicadas em acordo com o entendimento dos colonizadores.

Cunha, (2013, p. 48), afirmou que inicialmente as Ordenações Afonsinas advindas de Portugal possuíam um caráter religioso, com influencia do direito romano, e posteriormente foi revogado, com o advindo em 1514 das Ordenações Manuelinas, que manteve a base de sua precursora, não definiu tipo ou quantidade de pena, regendo por ato discricionário do juiz. Expõe ainda que as ordenações Manuelinas foram substituídas pela compilação de D. Duarte Nunes Leão, reunindo leis esparsas.

Bitencourt, (2017, p. 99), assevera que as Ordenações Manuelinas substituíram em 1521 as Ordenações Afonsinas, por determinação de D. Manuel I, sendo substituídas pela compilação de Duarte Nunes de Leão, em 1569, que distribuiu um ilimitado poder de julgar e administrar as terras aos senhores em acordo com seus interesses.

As leis aplicadas na época eram em sua maioria destinadas a servir os interesses dos senhores de terras e controlar a população, não havia interesse em reabilitação social do condenado, na maioria dos casos a pena a ser executada era pena de morte.

Estefam (2018a, p. 63) expõe:

O Código Manuelino teve vida relativamente longa (para os padrões legislativos atuais), pois foi revogado somente em 11 de janeiro de 1603 (pouco mais de oitenta anos depois de sua entrada em vigor), quando D. Felipe III (ou D. Felipe II, de Portugal) promulgou as Ordenações Filipinas ou Código Filipino, cuja longevidade em nossas terras quebrou records; a parte penal, constante do Livro V, vigorou por mais de duzentos anos, chegando a se estender até 1830, quando da promulgação do Código Criminal do Império, a primeira legislação penal “genuinamente brasileira”.

Com relação às Ordenações Filipinas, Cunha (2013, p. 48), corrobora para indicar que o Código Filipino preconizava preceitos religiosos, confundido direito com moral e religião, aplicando penas desumanas e cruéis, com o fim principal de infundir o temor pelo castigo.

Demonstra bem a área temerária das Ordenações, Estefam (2018a, p. 64), indicando como pena capital os crimes de falsificação de moeda, estupro, roubo, homicídio, falso testemunho, lesa-majestade, ocorrido com Tiradentes, aonde foi esquartejado com seus restos corporais expostos; bem como feitiçaria, bigamia e atos de desprezo ao rei.

O crime de lesa-majestade identificava fatores que direcionavam atitudes contra o monarca, qualquer ato ou ação direta ou indireta poderia ser alvo do referido crime, visto que as atitudes puníveis eram atos que iriam contra os interesses do monarca ou contra o seu próprio interesse em área geral ou individual, este crime focava-se em um elevado grau de brutalidade em suas punições, bem como uma punição que ultrapassava a pessoa do condenado, pois seus familiares também eram incluídos nas penas provenientes dos atos de seus parentes.

Estefam (2018a, p. 64-65) identifica as características das ordenações; a) intimidação pelo terror; b) confusão entre crime, moral e pecado; c) penas de caráter cruéis; d) arbitrariedade do julgador; e) desigualdade entre os tratamentos, inclusive com relação ao gênero, posição social e religião; f) ausência de diferenciação entre parte geral e parte especial com aglutinação de normas penais e processuais; g) ausência de modelo de tipificação.

Identifica-se a ausência da aplicação dos princípios basilares anteriormente citados, que irão ser incorporados posteriormente aos Códigos, mais precisamente quando iniciarem as garantias constitucionais, por força da Constituição da República, bem como, com o corolário da evolução dos Códigos Brasileiros.

3.1 O Código Criminal do Império

Bitencourt, (2017, p. 100), indicou que com a Constituição Brasileira de 1824, determinou urgente e imperiosa a necessidade de elaboração, com fulcro no artigo 179, XVIII, um Código Criminal. Em que pese sua realização, esta tarefa ficou a cargo de dois doutrinadores, Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Clemente Pereira, sendo que o Código de Bernardo Pereira de Vasconcelos foi o escolhido para iniciar este importante momento histórico do Brasil.

Expõe a formação do referido Código Estefam (2018a, p. 65):

O Código Criminal do Império foi promulgado em 16 de dezembro de 1830, e publicado em 8 de janeiro de 1831. Compunha-se de quatro “partes”: I) Dos Crimes e das Penas; II) Dos Crimes Públicos; III) Dos Crimes Particulares; IV) Dos Crimes Policiais. A Parte I fazia as vestes de Parte Geral. As Partes II e III correspondiam à Parte Especial do Código. A Parte IV definia as contravenções penais.

Desta forma, o Código Criminal foi o precedente divisor que começou a utilizar uma área de caracterização para os diferentes tipos de crimes, computando-os em títulos, incluindo classificações que estavam em acordo com áreas de ciências penais da época.

Caracteriza o Código Imperial Estefam (2018a, p. 67-70), como um código inovador que, dividiu o código em área geral e área especial, tipificou condutas de forma técnica, individualizou a pena, iniciou circunstâncias de atenuantes, sendo o precursor do sistema dias-multa, mas que infelizmente manteve a desigualdade de tratamentos e a manutenção de pena de morte, com ausente a figura da prescrição.

Desta forma, há a incidência do princípio da individualização da pena, ainda que em estágio inicial, bem como da legalidade, mas infelizmente ainda não há a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que busca evitar o tratamento cruel e desumano na aplicação das penas.

Neste mesmo posicionamento Cunha (2013, p. 48), esclarece:

Após a proclamação da independência e a promulgação da Constituição de 1824, foi elaborado o Código Criminal do Império, fomentando um direito penal protetivo e humanitário, permitindo a individualização da pena, criando agravantes e atenuantes, estabelecendo julgamento especial para menores de 14 anos. A pena de morte, ainda presente, ficou praticamente

limitada para coibir crimes praticados pelos escravos. Misturando Direito com Religião, tipificou como crime ofensas à crença oficial do Estado.

Ainda que o doutrinador Cunha (2013, p. 48) estabelece de forma a afirmar que a tipificação dos crimes misturou Direito com Religião, esclarece de forma límpida o real posicionamento Estatal-Doutrinário Estefam (2018a p. 64-65), afirmou que é necessário conceituar a situação na época; embora entenda censurável a postura do legislador ao conotar a relação Estado-Igreja, percebe-se que o mesmo realizou apenas um posicionamento que obedeça a um preceito hierárquico superior, visto que a Constituição Imperial estabelece como oficial a religião Católica. Demonstrou ainda os artigos vigentes à época que demonstraram realmente uma relação Estado-Religião, é inegável que o estado realmente foi influenciado pela Religião Católica, mas se assim o fez os legisladores criminais, foi por respeito hierárquico, conforme o exposto na Constituição efetiva no momento.

Restou caracterizado a vinculação do legislador ao sistema religioso, não por vontade entre seus pares, mas por respeito á ordem legal da constituição imperial vigente à época. Portanto, caracterizar o doutrinador como vinculado á religião, embora uma concepção correta, não faz jus ao real estado de fato da situação, com o pressuposto que não era possível se desvincular da constituição vigente e realizar um estado laico, por afrontar seus preceitos.

3.2 O Código Penal da República

Bitencourt, (2017, p. 100), leciona que com o advento da República, Batista Pereira encarregou-se de elaborar um projeto de código penal, aprovado e publicado em 1890, portanto, antes da Constituição de 1891, desta forma por ter sido realizado antes da constituição, o Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, não estando alinhado com os conhecimentos técnico-científicos da época vigente.

Neste diapasão Cunha (2013, p. 48), aduz que o código da república, ficou atento ás restrições impostas pela Constituição de 1891, quais sejam, penas de morte e penas de caráter perpétuo. Desta forma, o Código, permitiu as penas de prisão temporárias e banimento, evitando caráter perpétuo, bem como suspensão de direitos, com regime penitenciário de caráter correccional.

Afirma Estefam (2018a, p. 70-72); por conta dos defeitos do Código de 1890 e do aparecimento de diversas leis esparsas, merece citação a Consolidação das Leis Penais, elaborada pelo desembargador Vicente Piragibe, compilando o texto do Código Penal de 1890 com suas alterações, mas ressalta que não é, contudo, uma nova legislação penal.

3.3 O Código Penal de 1942

Em 1942 entrou em vigência o Código Penal com eficácia até os dias atuais, explica Estefam (2018a, p. 72-73):

Em 1º de janeiro de 1942, entrava em vigor, no Brasil, um novo Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7-12-1940). O Código foi elaborado na vigência da constituição de 1937 (a “polaca”). À época, o Ministro da Justiça Francisco Campos determinou ao jurista Alcântara Machado a tarefa de preparar um projeto de Código Penal, o qual foi concluído em abril de 1940. Seu trabalho foi revisto por uma comissão integrada por Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e Roberto Lyra, sob a presidência do Ministro Francisco Campos.

Portanto Alcântara Machado foi o precursor do nosso Código Penal vigente, Estefam (2018a, p. 73), indica que este Código atribuiu finalidade retributiva e preventiva ao contexto legislativo, adotando sistema duplo binário, com aplicação de medidas de segurança aos casos de crime impossível, e participação impunível.

Ocorre que, houve expressivas reformas no Código Penal, Bitencourt (2017, p. 101-102) expõe as leis que merecem destaque; Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que atualizou as sanções penais; e a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, ao instituir uma nova parte geral com nítida influência finalista humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão, além de reintroduzir no Brasil o sistema dias-multa. Contudo, não surtiu efeito a área de ressocialização dos sentenciados, as penas alternativas não obstante sua brilhante indicação ao Código obteve pouca, se não quase nenhuma aplicação, um dos fatores para a ausência de boa reeducação social foi a péssima infraestrutura para sua aplicação, que não permitiu à época, uma utilização viável das penas alternativas.

Sintetizando todas as três fases acima expostas, André Estefam (2018, p. 74-75), afirma que ao tempo das Ordenações do Reino, o Direito Penal cumpria a função de atemorizar os cidadãos, submetendo-os à vontade da Coroa Portuguesa.

O Código Criminal do Império promove uma humanização do Direito Penal. O Código de 1890, afoitamente elaborado, teve inspiração clássica, adotando postulados da corrente positiva. E finalmente na reforma da Parte Geral, o foco do Direito Penal foi tentar ressocializar como corolário da área penal e execução penal.

Portanto, podemos perceber que o Código Penal atualmente vigente, veda a pena de morte no Brasil, salvo em casos de guerra declarada; humanizando as penas, e, por conseguinte, retirando o caráter cruel e vexatório das sanções, preconizando os princípios já mencionados, como da Dignidade da Pessoa Humana, a devida Proporcionalidade, tanto no momento da aplicação da pena como no momento de editar as leis, a extensível individualização da pena, nas três fases de aplicação do direito, atuando somente nos casos estritamente necessários, consoante a ofensividade ao bem jurídico tutelado demonstrar indispensável atuação da esfera penal.

Durante o período ao qual o Código Penal esteve em vigência, cumpre ressaltar e destacar que o mesmo teve agregado várias leis que direta ou indiretamente o integraram, bem como alteraram interpretações e adicionaram novos entendimentos científicos ao Direito Penal, destarte destacar áreas atuais de interpretações como a Lei 13.654/18, que alterou e incluiu entendimentos nos crimes de furto e roubo.

4 ANÁLISE DO BEM JURÍDICO NOS CRIMES DE FURTO E ROUBO

O crime de furto, contido no título III do Código Penal Brasileiro, intitulado dos crimes contra o patrimônio, caracterizado no Artigo 155 alude: *Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.* O *Caput* do artigo demonstra a ação, subtrair, o sujeito, para si ou para outrem, e o objeto, coisa alheia móvel.

Inicialmente, o título, contido no rol dos crimes contra o patrimônio, existiu em uma definição jurídica diferente, identificado como propriedade, contudo, propriedade não é o termo jurídico cabível no entendimento de Hungria (1967, p. 7), que abaixo expõe:

Generalidades. Ao invés de “crimes contra a propriedade”, como dizia o Cód. Penal de 1890, o atual preferiu falar em “crimes contra o patrimônio”. Esta rubrica é, sem dúvida, mais adequada, pois os crimes de que se trata não têm por objeto jurídico apenas *propriedade*, que, disciplinada pelo direito civil, significa, estritamente, o domínio pleno ou limitado sobre as coisas (direitos reais); mas, também, todo e qualquer interesse de valor econômico (avaliável em dinheiro). Para designar o complexo de bens ou interesses de valor econômico, em relação de *pertinência* com uma pessoa, o termo próprio é *patrimônio*. (...)

Destarte, Hungria (1967, p. 7), afirma que patrimônio pode ser tido como o complexo de bens ou interesses de valor econômico, que uma pessoa possui, sendo que propriedade, não seria o termo correto, pois patrimônio também engloba todo interesse de valor econômico avaliável em dinheiro, termo mais amplo do que somente propriedade.

Demonstra ainda Hungria (1967, p. 7), que “*Crimes contra o patrimônio* podem ser definidos como *species* de ilícito penal que ofendem ou expõem a perigo de ofensa qualquer bem, interesse ou direito economicamente relevante, privado ou público. (...)”.

Mirabete (2014, p. 205) expõe que o patrimônio inclui também os direitos reais, obrigacionais e intelectuais como patentes e marcas, contudo os últimos estão integrados em lei especial para sua proteção, Lei (9.279, de 14 de maio de 1996).

Neste sentido, indicando os direitos obrigacionais como patrimonial Mirabete (2014, p. 207) expõe: “Os direitos obrigacionais não podem ser furtados, mas os títulos que os constituem, ainda que nominativos, podem ser objeto de furto”.

Não obstante o acima afirmado, Hungria (1967, p. 7), defende que os bens não possuem um valor quantitativo em dinheiro, não valoráveis em pecúnia alta, mas que ainda representam um valor afetivo, também são objetos que integram os bens patrimoniais.

Masson, (2013, p. 337) a respeito do furto de objeto com valor afetivo explica:

Para uma primeira posição, amplamente majoritária, as coisas de valor afetivo também compõem o patrimônio da pessoa humana. Exemplo: há furto na subtração de porta-retrato de plástico, de ínfimo valor, que continha em seu interior a única fotografia em preto e branco que uma senhora de idade possuía de seu filho precocemente falecido. É a posição entre outros de Néelson Hungria, e a ela nos filiamos.

A corrente majoritária acima exposta defende claramente o furto de coisas de estimação, coisas com valor sentimental. Em sentido oposto, e citando a posição de Masson, Nucci (2017, p. 345-346) afirma:

CLEBER MASSON, filiando-se à corrente que diz ser amplamente majoritária, de se punir o furto de coisas de estimação, cita o exemplo de furto de um porta-retratos de plástico, de ínfimo valor, que continha em seu interior a única fotografia em preto e branco que uma senhora de idade possuía do seu filho precocemente falecido. Sem dúvida, estamos entristecidos pela situação da senhora, mas, tecnicamente o furto é um crime a ferir o *patrimônio*, significando algo com valor econômico. Não sendo o filho dessa senhora o Duque de Caxias, quando menino, razão pela qual a foto tem valor no mercado, com a devida vênia, existe o direito civil para resolver esses problemas, como uma ação penal por dano moral.

Embora, as duas posições diretamente opostas mereçam seu devido louro, o princípio da fragmentariedade do direito penal e da insignificância estão diretamente ligados a essa questão, e, visto que, o direito penal somente se reserva à defesa dos bens mais importantes e das ofensas mais graves, não deveria tratar de bens cujo objeto material é de veras ínfimo, sem valoração pecuniária. Ainda que valorável moralmente, a subtração do referido bem, e, em repúdio pela conduta do agente, esta se exumaria na esfera do direito civil, como dano caracterizadamente moral, portanto, a área do direito penal não deveria se preocupar com as situações onde o dano é exclusivamente moral, em conformidade com o entendimento de Nucci (2017, p. 346), que ainda que minoritário é de veras o mais eloquente.

4.1 Momento da Caracterização do Furto

Em relevância jurídica estão os momentos caracterizadores do furto, Nucci (2017, p. 342-343) afirma que existem quatro teorias; a) teoria do contato, onde o furto se caracteriza apenas com o toque na coisa móvel alheia; b) *Amotio* pura, caracterizada no momento da remoção ou mudança de lugar onde fora colocada pelo proprietário; c) *Amotio e ablatio*, concretizada com a apreensão e a remoção para outro local, saindo da esfera de vigilância do dono; d) ocorre o furto quando o objeto é transportado ao lugar pelo agente pretendido para colocá-lo a salvo.

O doutrinador e desembargador Nucci (2017, p. 342-343) ilustra, a utilização da terceira teoria parece a mais correta, consumando o furto com apreensão e remoção para outro local, saindo da esfera de vigilância do dono se consuma o furto, contudo, a jurisprudência é complexa e mesclam as decisões com base nas teorias, ficando a segunda e a terceira teoria adotadas pelos nossos magistrados.

Não obstante o acima exposto, Nucci (2017, p. 343-344) doutrina; os diversos julgados não são uníssonos, há o entendimento de que apenas com a retirada do bem das mãos da vítima já se configura o crime, independente de sair da esfera de vigilância do dono, adotando em sua essência a primeira teoria, bem como, há o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, delimitando a matéria, adotou a tendência de haver inversão da posse, ainda que por pouco tempo.

Desta forma, Nucci (2017, p. 343-344) resume os expostos acima:

Há julgados permitindo a consumação com o toque do ladrão na coisa visada – o que nos afigura erro, pois seria transformar o furto em delito formal, sem qualquer resultado naturalístico; há decisões demandando a posse da coisa subtraída – o que, em nosso entendimento, faz par com a retirada da coisa da esfera de vigilância da vítima; há julgados apontando para a posse mansa e pacífica, permitindo que o agente tenha livre disposição do bem. Por vezes, pela simples leitura da ementa, não se consegue aferir qual das teorias realmente foi adotada, pois dependeria de saber exatamente como os fatos se deram. Sintetizando, a maior parte dos julgados demanda a inversão da posse, mesmo que por curto espaço de tempo para atingir a consumação do furto (e do roubo).

Os variados entendimentos dos tribunais deixam a concepção da consumação com relação ao fato concreto praticado pelo agente. Em resumo há a necessidade da inversão da posse, o agente deve ter a posse do bem e o tempo

desta posse não precisa ser longo, basta um curto período. O momento da consumação do crime é importante, tanto para fins da caracterização do crime em questão, quanto para análise da tentativa.

Transmite seu entendimento com relação à tentativa Nucci (2017, p. 343-344):

É imprescindível, por tratar-se de crime material (aquele que se consuma com o resultado naturalístico), que o bem seja tomado do ofendido, estando, ainda que por breve tempo, em posse mansa e tranquila do agente, se houver perseguição e em momento algum conseguir o autor a livre disposição da coisa, trata-se de tentativa. Não se deve desprezar essa fase (retirada da esfera de proteção da vítima), sob pena de se transformar o furto em um crime formal, punindo-se unicamente a conduta, não se demandando o resultado naturalístico.

Portanto, sob o prisma exposto, intrinsecamente, a tentativa será delimitada pela esfera da retirada do bem da vista, área de defesa do agente, pois, o mais importante será o resultado naturalístico para sua caracterização no caso concreto.

4.2 Bem Jurídico do Crime de Roubo

Para melhor analisar o bem jurídico do crime de roubo, cite-se o crime tipificado no artigo 157 do Código Penal:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

Podemos afirmar que o crime de roubo, no *caput* do artigo demonstra a ação, subtrair, o sujeito, para si ou para outrem, e o objeto, coisa alheia móvel, idêntico ao crime de furto, porém com mais uma característica, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, que pode ser entendida como física ou psicológica, ou após qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência, retirando da vítima meios para se defender. Bem como, incorre na mesma pena em acordo com o parágrafo primeiro, o agente que depois de subtraída a coisa, utilizar a violência ou

grave ameaça para assegurar a impunidade do crime, para si ou terceiros, agindo empregando o ato agressor após ter domínio do bem.

Masson, (2013, p. 389) define o crime como:

Em verdade, o roubo é a soma dos crimes de furto e de lesão corporal leve (CP, art. 155 + art. 129, *caput*), quando praticado com violência à pessoa, (própria ou imprópria, como veremos adiante), ou então, de furto e de ameaça (CP, art. 155 + art. 147), se cometido com emprego de grave ameaça.

Por conseguinte, o crime de roubo é o crime de furto mais a grave ameaça ou lesão corporal, pode esta ser de natureza leve ou grave, e ainda, em forma qualificada com resultado morte, conhecido com latrocínio.

O bem jurídico tutelado é a incolumidade física ou psíquica do agente, bem como no caso do latrocínio o direito a vida, mais o bem patrimonial. Observe que o bem principal é o bem patrimonial, pois, caso fosse o direito a vida, no resultado morte, o agente agressor iria ser julgado pelo crime no tribunal do júri, e não na justiça comum, como é a situação fática.

Neste diapasão, Masson, (2013, p. 435):

Nessa ótica, seguindo logicamente a posição legislativa, a competência para processar e julgar o crime de latrocínio, ainda que a morte seja produzida a título de dolo, é do juízo singular, e não do Tribunal do Júri. Com efeito, o roubo qualificado pela morte é crime contra o patrimônio, e não doloso contra a vida, na forma disciplinada pelo art. 5.º, inciso XXXVIII, d, da Constituição Federal. É o entendimento consagrado pela Súmula 603 do Supremo Tribunal Federal: “A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri”.

Entende Masson, (2013, p. 435-436); que o crime de latrocínio possui competência no juiz singular, caracterizado como crime contra o patrimônio, que em segunda via, ofende o bem jurídico vida, o agente mata para auferir vantagem econômica, ou deste vil método utiliza para garantir a vantagem ou se eximir da reprimenda penal, em acordo com o parágrafo único do artigo 157.

Hungria (1967, p. 12) disciplina uma segunda análise dos bens jurídicos nos crimes de furto e roubo: “Por outro lado, há crimes que figuram entre os patrimoniais, apesar de, contemporaneamente, ofenderem interesses de muito maior importância, como sejam a vida e a integridade física.”

Por fim, corroborando com o entendimento de Hungria, Mirabete (2014, p. 221), explicita: “Tratando-se de crime complexo, o objeto jurídico imediato do roubo é o patrimônio. Tutelam-se, também, a integridade corporal, a liberdade e, no latrocínio, a vida do sujeito passivo”.

No entendimento acima exposto, verifica-se a instrução da liberdade como bem jurídico tutelado, isto se mostra em razão ao inciso V, do parágrafo segundo, nas causas de aumento de pena, assim exposto: *V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade*. Portanto, realmente se engloba como um bem jurídico tutelado no crime de roubo.

4.3 Roubo Próprio e Impróprio

O roubo pode ser classificado em próprio e impróprio, caracteriza roubo impróprio Estefam (2018b, p. 485),

Dá-se o roubo impróprio quando o agente, ‘logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro’. A sanção penal é idêntica à do *caput*, ou seja, quatro a dez anos de reclusão, e multa.

Estefam (2018b, p. 485), afirma ainda que o roubo próprio utiliza a violência ou a grave ameaça para realizar a locupletação do bem, sendo meio executório para auferir o bem.

Neste diapasão, fica claro que o roubo impróprio é realizado após o agente ter tomado posse do bem, e o roubo próprio se caracteriza como meio para obter o bem.

4.4 Consumação do Crime de Roubo

O crime de roubo ao afirmar violência ou grave ameaça, não distingue a violência em seu grau, de forma que o grau de lesão provocada não obsta a configuração da violência no caso em concreto.

Com relação às trombadas que não geram lesões em muitos casos, assim assevera Nucci (2017, p. 382), “(...) qualquer tipo de violência incidente sobre a pessoa humana com a finalidade de levar-lhe os pertences, configura roubo, e não

um simples furto. Ainda que a violência seja exercida contra a coisa, se de algum modo atingir a pessoa (lesionando-a ou não), existe roubo”. Portanto, uma mera trombada no caso concreto poderia caracterizar roubo, ainda que a violência empregada contra a coisa seja ínfima, se houver violência contra a pessoa está caracterizado o crime.

Com relação à consumação, abaixo demonstra os ensinamentos de Nucci (2017, p. 382-383):

O roubo está consumado quando o agente retira o bem da esfera de disponibilidade e vigilância da vítima, cessando a violência ou grave ameaça. Não há necessidade de manter posse mansa e pacífica, que seria o equivalente a desfrutar da coisa como se sua fosse.

Corroborando com o exposto acima, o roubo próprio se exaure no momento em que cessa a agressão ou grave ameaça e a vítima tem seu bem retirado da sua área de vigilância, independente de posse mansa e pacífica do agente criminoso, por conseguinte, o entendimento está em consonância com o exposto no texto com relação aos crimes de furto.

Entretanto, não satisfaz a explicação acima a relação de tentativa com o crime de roubo impróprio. Observe o caso em que o agente após ter o bem em sua esfera de utilização, preparado para utilizar de violência ou grave ameaça, não consegue ao ser impedido por policial, observe que o bem já saiu da esfera de disponibilidade da vítima e a ameaça ou violência seria utilizada para garantir a posse do bem, haveria tentativa do crime de roubo impróprio nesta hipótese?

Nucci (2017, p. 384) assim explica dois entendimentos contrastantes acerca do tema:

Pode haver tentativa de roubo impróprio, quando o agente, apesar de ter conseguido a subtração, é detido por terceiros no instante em que pretendia usar violência ou grave ameaça; não é cabível. Se a subtração concretizou-se, não há que se falar em tentativa de roubo impróprio: ou o agente usa violência ou grave ameaça e está consumado o roubo impróprio, ou não a utiliza e mantém-se somente a figura do furto (simples ou qualificado).

Ao alavancar os dois posicionamentos, podemos perceber que o primeiro corrobora com o entendimento da possibilidade de tentativa de roubo impróprio, pois o agente foi detido no momento da prática da agressão, e já estava com a posse do objeto. Obviamente é de difícil aplicação fora do caso concreto, pois

inicialmente supostamente há um crime de furto, e posteriormente ocorre violência ou grave ameaça para sua configuração. A segunda teoria afirma que neste momento antes da realização da violência ou grave ameaça há um crime de furto, se o agente for parado neste momento consumativo caracteriza furto, e, no momento consumativo posterior ocorre roubo impróprio consumado, pois já houve a violência, inexistindo a possibilidade de tentativa.

Devemos observar que o roubo é um crime material, Nucci (2017, p. 385) é favorável pela possibilidade da existência da tentativa no crime de roubo impróprio por entender que não há a consumação de furto pela simples retirada da coisa da vítima, sendo necessário resultado naturalístico, sair da esfera de vigilância do dono do objeto.

4.5 Discussão a respeito do uso de Simulacro de Arma de fogo

Durante muito tempo houve discussão acirrada a respeito do uso de simulacro de arma de fogo como causa de aumento de pena no antigo parágrafo segundo do artigo 157, em seu inciso I, que antes da revogação da Lei 13.654 de 2018, delimitava:

§ 2º. A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III – se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância;

IV – se a subtração for de veículo automotor que veha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

Demonstra em termos didáticos o entendimento, no consoante ao revogado inciso I, parágrafo segundo, do artigo 157, a respeito da classificação do termo arma, Masson (2013, p. 410):

Arma é todo objeto ou instrumento idôneo para ataque ou defesa, uma vez que tem capacidade para matar ou ferir. A arma no Direito Penal, pode ser própria ou imprópria, e qualquer delas autoriza a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Antes da reforma da lei, e a revogação do inciso I, qualquer arma era capaz de se enquadrar no dispositivo, conseqüentemente a incidência como causa de aumento de pena era necessário, no tocante de 1/3 até a metade.

Pelo termo arma, poderíamos entender em sendo arma branca ou armas de fogo; bem como armas impróprias, pedaço de pau, cano, pedras, objetos que podem lesionar ou intimidar a vítima. Ocorre que o quadro de arma foi tese de variados entendimentos quando o agente utiliza de arma falsa, simulacro, para a efetuação do crime e retirar da vítima os meios de defesa, forçando a mesma a entregar o bem, ou facilitando sua tomada.

A respeito do tema Masson (2013, p. 415) leciona:

O assunto era pacífico até o dia 24.10.2001, data e, que a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial 213.054/SP, decidiu cancelar a súmula 174, cuja redação era a seguinte: “no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena”.

Restou claro que antes de 2001 o tema era pacificado e era autorizada pelos tribunais a aplicação do aumento de pena, inicialmente cabe destacar os dois critérios para a análise do referido tema, o critério objetivo e o critério subjetivo.

Na teoria subjetiva, inicialmente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, permitia a caracterização do emprego de arma de brinquedo como causa de aumento de pena pelo inciso I.

Articulou a respeito da teoria subjetiva, Nucci (2017, p. 387), essa; “analisa o ‘emprego de arma’, conforme a força intimidativa gerada na vítima.”. Em analisando o caso de arma de brinquedo, simulacro, com aparência muito próxima a uma arma de verdade, em razão da teoria subjetiva, por ser capaz de retirar do agente a sua capacidade de defesa, fica configurado a causa de aumento de pena do antigo inciso primeiro, parágrafo segundo do artigo 157.

Em acordo com o exposto por Masson (2013, p. 416), nem todos os objetos de armas de brinquedos poderiam ficar caracterizados para o aumento da pena, somente os mais similares, que causam maior receio, que são meios idôneos para esta caracterização, e como exemplo, expõe que os revólveres e pistolas infantis que lançam água não se parecem com o original e, desta forma, não se enquadram.

Nucci (2017, p. 387) se posiciona acerca da teoria objetiva, afirmando que “essa ‘avalia o ‘emprego de arma’, segundo o efetivo perigo que ela possa trazer à vítima.” A arma de brinquedo não é capaz por si só de trazer um efetivo perigo à vítima, ainda que retire dela sua capacidade de defesa.

Portanto, se o agente utilizou de um simulacro de arma de fogo, e ainda que capaz de retirar da vítima o escopo de defesa, incapacitando-a, não ofereceu efetiva ofensa a sua integridade física, desta forma, pela teoria objetiva não ficará caracterizado o aumento de pena no inciso I, sendo uma caracterizadora do crime de roubo, visto que não houve efetivo risco de lesão para a vítima.

Neste sentido aduz Bitencourt (2010, p. 110):

Na mesma linha de pensamento, o emprego de “arma de brinquedo” tipifica o roubo, mas não o torna qualificado ou majorado, pois, como já afirmamos, a razão de ser qualificadora reside na maior potencialidade lesiva e no maior perigo que a *arma verdadeira* produz, e não na maior intimidação sentida pela vítima. Esse sentimento, que serve para caracterizar a grave ameaça, tipificadora do roubo, não produz o mesmo efeito para majorá-lo, sob pena de incorrer-se em grosseiro *bis in idem*.

Bitencourt (2010, p. 110) afirma que caso haja a causa de aumento de pena, haverá um *bis in idem*, uma dupla punição pelo mesmo fato, já que em sua concepção a intimidação com o uso de arma de brinquedo caracterizou o crime de roubo, e no caso do inciso I, parágrafo segundo, se utilizarmos este mesmo critério de intimidação estaríamos a punir o agente duas vezes pela mesma conduta.

Estefam (2018b, p. 489), corroborando com o entendimento da teoria objetiva, em análise antes da aplicação da nova Lei 13.654 de 2018, afirma que: “A *simulação de arma*, por outro lado, embora seja meio executório do roubo, *não autoriza o reconhecimento da presente causa de aumento* (afinal, não há arma alguma)”.

Estefam, (2018b, p. 489-490) explicita o entendimento atual dos tribunais:

No tocante à utilização de *arma de brinquedo* (“arma finta”), há grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Por um lado, há os que enfatizam a circunstância de que na arma de brinquedo inexistente a potencialidade lesiva da arma real (critério objetivo), concluindo pelo afastamento da exasperante. Outros veem nela um meio capaz de intimidar o ofendido tão eficazmente como a arma verdadeira (critério subjetivo), motivo por que entendem incidir a causa de aumento em estudo. O Superior Tribunal de Justiça havia assumido a segunda posição com a Súmula 174 (“No crime de

roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena”). Em 6 de novembro de 2001, contudo, a súmula foi cancelada.

Portanto já havia o entendimento no sentido negativo ao aumento de pena por uso de arma de brinquedo no crime de roubo, ademais, Estefam (2018b, 490) aquilatando o assunto:

Deve-se destacar, ademais, que deixou de constituir crime a conduta de portar arma de brinquedo, simulacro de arma de fogo, com o fim de cometer crimes (art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/97). Tal fato tornou-se atípico, dando-se verdadeira *abolitio criminis* (cf. CP, arts. 2º e 107, II), com a entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento, em 23-12-2003, o qual expressamente revogou a Lei n. 9.437/97, sem tipificar conduta semelhante.

Para Estefam (2018b, 490), arma de brinquedo não pode ser considerada arma de fogo, podendo ser usada apenas para configurar o crime de roubo simples.

Não obstante todo o exposto acima, a Lei 13.654 de 2018 alterou o inciso I, do artigo 157, revogando-o e adicionando o § 2º-A, aumentando a pena em dois terços, no caso de emprego de arma de fogo, portanto, esclarece a lei nova, que a única incidência de aumento de pena é por utilização de arma de fogo, aniquilando qualquer dúvida doutrinária a respeito.

5 ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI 13.654/2018

Vejamos as alterações da Lei 13.654 de 2018, inicialmente com relação ao artigo 155:

Artigo 155, (...)

§ 4º-A. A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum;

§ 7º. A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

Ademais, alterou também os crimes de roubo do artigo 157:

Artigo 157, (...)

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:

I – revogado;

VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

§ 2º-A. A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

§ 3º Se da violência resulta:

I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;

II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.

Desta forma, podemos destacar com questão ao artigo 155, o mesmo adicionou duas novas figuras de furto qualificado com penas graves. Inicialmente, no parágrafo quarto, incidiu o emprego de materiais explosivos ou artefatos análogos no furto, por consequência de perigo comum, protegendo a coletividade. E posteriormente, no parágrafo sétimo, delimitou furto que foque obter objetos ou substâncias explosivas ou acessórios que conjunta ou isoladamente possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. Ambas as qualificadoras remetem penas de quatro a dez anos com o emprego de multa.

Estas duas novas incidências de qualificadoras podem ser verificadas na situação social em relação ao Brasil, na época em que foram redigidas, o furto e roubo a caixas eletrônicos e galpões de dinamites estavam em auge, os criminosos muitas vezes agiam de fuzis para lograr êxito em suas empreitadas, armas de alto

calibre e grande potência lesiva, que eram utilizadas para matar os guardas e vigias dos locais.

Neste diapasão, justifica-se a incidência da segunda parte do artigo 157, parágrafo segundo, inciso VI, pelas mesmas justificativas acima apontadas, o roubo de objetos explosivos em galpões ou locais que continham dinamites, em muitos casos mineradoras.

Ademais, aplicaram ainda no caso do parágrafo segundo, a, inciso II, destruição ou rompimento de obstáculo com o uso de explosivos ou artefato análogo que cause perigo comum, neste caso, a explosão de caixas eletrônicos, ferindo transeuntes e vizinhos das instituições no cometimento dos crimes.

Corroborando com o aumento da pena acima exposta, o parágrafo segundo, a, inciso I, aumentou em dois terços a pena para o roubo com emprego de arma de fogo, podemos citar o emprego de arma de fogo que ficou mais rigoroso com relação ao seu antigo artigo 157 parágrafo segundo, inciso primeiro, que computava pena de um terço até metade.

Buscando o mesmo sentido acima explanado, houve também, uma maior rigorosidade na aplicação da pena com questão ao parágrafo terceiro, inciso I, da nova Lei 13.654 de 2018, que aumentou a pena do crime de roubo com lesão corporal grave de sete a quinze anos, antiga redação do parágrafo terceiro, para sete a dezoito anos, nova redação do parágrafo terceiro.

Perceba-se que a intenção do legislador ao promulgar a lei foi ampliar e aumentar os casos de incidência de aumento de pena, contudo, não somente este foi o caso da Lei 13.654 de 2018. Ao analisar precisamente a revogação do inciso I do parágrafo segundo, percebe-se que revogou o aumento de pena com questão ao uso de arma.

Esta atitude, diretamente garantiu uma ausência de qualificadora para os crimes de roubo com arma imprópria, resultando em *abolitio criminis*, com *novatio legis in melius*, conforme veremos a seguir.

5.1 Discussão a Respeito da Legalidade da Lei 13.654/2018

A Lei 13.654 entrou em vigor em 23 de abril de 2018, gerando polêmica com relação ao inciso I, parágrafo segundo, do artigo 157 que foi revogado, expressamente pelo texto de lei.

O desembargador relator, Edison Brandão, 4ª Camara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação criminal nº 0022570-34.2017.8.26.0050, em oito de abril de 2018, apelação esta realizada pelo Ministério Público, reconheceu a inconstitucionalidade formal do artigo 4º da Lei 13.654, determinando a instauração de incidente de inconstitucionalidade com remessa ao Órgão Especial do Tribunal.

Afirma o desembargador Edison Brandão, que há inconstitucionalidade formal na tramitação da lei, afrontando o processo legislativo, visto que ao verificar a tramitação do projeto de lei, PLS 149/2015, havia de fato a previsão da revogação do inciso I do 2º parágrafo do artigo 157 do Código Penal. Bem como, em 09/07/2015 o Relatório do Senador Antonio Anastasia, concluiu pela aprovação do projeto, também prevendo a revogação do referido inciso. (Ap. Crim. nº 0022570-34.2017.8.26.0050).

Entretanto, no texto final da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi eliminado o artigo 3º que previa a revogação do inciso I, desta forma, incidindo ambas as causas de aumento de pena, por arma e arma de fogo. (Ap. Crim. nº 0022570-34.2017.8.26.0050).

Na data de 08/11/2017, na 49ª Reunião Ordinária, o Senador Antonio Anastasia reformulou o relatório para acolher a Emenda da Senadora Simone Tibet, que em nada alterou o texto. (Ap. Crim. nº 0022570-34.2017.8.26.0050).

Porém, a Coordenação de Redação Legislativa (CORELE) com a atribuição de supervisionar a revisão dos textos finais das propostas aprovadas, adequando necessariamente com relação às técnicas legislativas, retornou o texto legal ao anterior que delimitava a revogação do Inciso I, parágrafo 2º. (Ap. Crim. nº 0022570-34.2017.8.26.0050).

O desembargador Edison Brandão, argumentou a favor da inconstitucionalidade, visto que ao seu entendimento não é a CORELE a comissão com capacidade para legislar e promulgar as leis, ademais afirmou no sentido da inconstitucionalidade formal que não poderia ser sanada nem com o visto presidencial, nem com a posterior aprovação nas casas do senado, por ter resultado em nulidade absoluta. (Ap. Crim. nº 0022570-34.2017.8.26.0050).

A CORELE alterou a redação da lei aprovada, e não simplesmente efetuou alterações técnicas, sua alteração denotou sentido diverso ao desejado pelas casas legislativas. (Ap. Crim. nº 0022570-34.2017.8.26.0050).

Este é o entendimento favorável a respeito da inconstitucionalidade da lei, a competência do Órgão CORELE, extrapolou seus limites legais, definidos pela Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, alterando o conteúdo da lei, que teve a aprovação do Senado Federal. (Ap. Crim. 0022570-34.2017.8.26.0050).

A decisão contida no texto acima exposto demonstra claramente imperiosa a declaração da inconstitucionalidade da lei, porém não foi esta a decisão do Órgão Especial.

Com apreço jurídico, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça abriu prazo para a manifestação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que se manifestou no incidente de arguição de inconstitucionalidade, bem como prazo para a Procuradoria Geral de Justiça.

A Procuradoria Geral de Justiça posicionou-se em acordo com o proferido pelo Desembargador Edison Brandão, emitindo parecer no incidente de inconstitucionalidade, nº 0017882-48.2018.8.26.0000, por intermédio de Wallace Paiva Martins Silva, para o total acolhimento de sua decisão.

Seu posicionamento atacou ainda, a posterior remessa à Câmara dos Deputados, que transformou o PLS nº 149 no PL 9.160/17, e votou adicionando a obrigação das instituições disponibilizarem caixas eletrônicos e equipamentos que inutilizem as cédulas de moeda corrente. (Parecer em inc. de incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

Ainda que remetidos para o Senado Federal posteriormente, foi apenas aprovado em regime de urgência, não revisitando toda a matéria proposta, em acordo com o parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal:

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.
Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

Neste diapasão, afirmou em conformidade com o exposto pelo Desembargador Edison Brandão, pela inconstitucionalidade ainda que após a votação pelo Senado Federal, bem como a sanção do Presidente da República não convalidaria o ato nulo. (Parecer em inc. de incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo se manifestou ao ato, e em fundamentação, afirma que a revogação do inciso I, parágrafo segundo do artigo

157, esteve presente desde o início da formulação do PLS 149/2015, de modo que não há irregularidades, sendo respeitadas as regras do legislativo, pois houve julgamento em plenário no Senado e na Câmara dos Deputados, em conformidade com o sistema bicameral, bem como a sanção do Presidente da República. (Manifestação no inc. de arg. de incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

A Defensoria indicou que existiam julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça, no sentido da *abolitio criminis*, da revogação do inciso I, anexando diversos julgados ao seu pleito, confirmando pela tese da constitucionalidade da Lei 13.654. (Manifestação no inc. de arg. de incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou constitucional a revogação, por maioria de votos, e teve como defensor o Desembargador Alex Zilenovsky em 5 de setembro de 2018. (Inc. Arg. Incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

Não obstante o acima exposto, o Órgão Especial assim definiu:

(...) enxergar num simples erro de publicação de resultado de votação terminativa da CCJ no Diário Oficial do Senado uma mácula tão grave que ensejaria a declaração incidental de inconstitucionalidade de norma advinda do Congresso Nacional, sancionada pelo Presidente da República e que trata de alteração do Código Penal Brasileiro, parece apego exagerado ao formalismo.

Portanto ao seu entendimento não houve inconstitucionalidade a respeito da revogação do inciso I, visto a revisão bicameral e a sanção do Presidente da República. (Inc. Arg. Incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

Alegaram que para que seja declarada a nulidade absoluta é necessário haver um prejuízo expressivo, destacando também que tanto não existe prejuízo visto que já há projeto de lei reinserindo o emprego de arma que não seja de fogo no diploma da lei em acordo com o projeto PLS 279/2018, já remetido à Câmara dos Deputados sob nº PL 1054/2018. (Inc. Arg. Incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

Ademais, filiaram-se ao exposto pela Defensoria e também anexaram diversos julgados dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, que em síntese são favoráveis ao *abolitio criminis* e sustentam ter existido, *novatio legis in mellius*. (Inc. Arg. Incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

5.2 Direito Comparado – Portugal e Argentina e o Crime de Roubo

Identificado as alterações decorrentes da Lei 13.654, de 2018, do Código Penal Brasileiro, cumpre ressaltar e comparar com dois Códigos Penais estrangeiros o crime de roubo, inicialmente veremos o Código Penal de Portugal que assim dispõe em seu artigo 210 e 204;

Artigo 210.º

Roubo

1 — Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair, ou constranger a que lhe seja entregue, coisa móvel alheia, por meio de violência contra uma pessoa, de ameaça com perigo iminente para a vida ou para a integridade física, ou pondo-a na impossibilidade de resistir, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 — A pena é a de prisão de três a quinze anos se:

a) Qualquer dos agentes produzir perigo para a vida da vítima ou lhe infligir, pelo menos por negligência, ofensa à integridade física grave; ou

b) Se verificarem, singular ou cumulativamente, quaisquer requisitos referidos nos n.os 1 e 2 do artigo 204.º, sendo correspondentemente aplicável o disposto no n.º 4 do mesmo artigo.

3 — Se do facto resultar a morte de outra pessoa, o agente é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos.

Artigo 204.º (...)

Furto qualificado

2 — Quem furtar coisa móvel alheia:

a) De valor consideravelmente elevado;

b) Que possua significado importante para o desenvolvimento tecnológico ou económico;

c) Que por sua natureza seja altamente perigosa;

d) Que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em colecção ou exposição públicas ou acessíveis ao público;

e) Penetrando em habitação, ainda que móvel, estabelecimento comercial ou industrial ou outro espaço fechado, por arrombamento, escalamento ou chaves falsas;

f) Trazendo, no momento do crime, arma aparente ou oculta; ou

g) Como membro de bando destinado à prática reiterada de crimes contra o património, com a colaboração de pelo menos outro membro do bando; é punido com pena de prisão de dois a oito anos (Grifo nosso).

O Código Penal de Portugal realiza classificação autônoma do crime de roubo e furto com a utilização de arma aparente ou oculta, dando maior seletividade e severidade penal, com pena de três a quinze anos no caso de roubo, e dois a oito anos no caso de furto. Em comparação com o Código Penal Brasileiro, este retirou de seu escopo o roubo com arma imprópria, atualmente majorando o uso de arma de fogo, conforme a Lei 13.654 de 2018.

Podemos perceber ainda que o Código Português, dá tratamento distinto ao valor científico do objeto furtado, bem como artístico ou histórico.

Em razão do exposto, podemos identificar que o Código Português expõe a pena de três a quinze anos para o crime de roubo com arma. O Código Brasileiro dispõe a pena no crime de roubo de quatro a dez anos com aumento da pena em mais dois terços pela utilização de arma de fogo.

Percebemos que a pena mínima portuguesa não está além da pena brasileira, comparação entre três anos em Portugal e quatro anos no Brasil. Entretanto, caso o indivíduo no Brasil venha a pegar a reprovabilidade máxima de sua pena no caso de quatro a dez anos, com a utilização de arma de fogo, o mínimo desloca-se de quatro mais dois terços, no montante de quatro anos mais trinta e dois meses, que perfaz seis anos e oito meses. No caso de pegar pena máxima em dez anos de prisão, com a causa de aumento de pena por utilização de arma de fogo, o máximo legal, seria, dez anos e oitenta meses, que perfaz um total de dezesseis anos e oito meses.

Então, podemos averiguar que a pena máxima brasileira hipoteticamente especulando seria um ano e oito meses maior que o máximo de pena portuguesa, agindo pelos mesmos critérios, hipoteticamente expostos.

O Código Penal da Argentina abaixo expõe:

ARTICULO 164. - *Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.*

ARTICULO 165. - *Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio.*

ARTICULO 166. - *Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:*
 1. *Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.*

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.¹

¹ ARTIGO 164. - Será reprimido com pena de prisão de um mês a seis anos, aquele que apoderar-se ilegalmente de coisa móvel, total ou parcialmente alheia, com força nas coisas ou com violência física nas pessoas, quer a violência ocorra antes de roubo para facilitar, no ato de cometê-lo ou depois de cometê-lo para obter impunidade.

ARTIGO 165. - Será imposta reclusão ou prisão de dez a vinte e cinco anos se, por ocasião do roubo, resultar um homicídio.

ARTIGO 166. - Será aplicada reclusão ou prisão de cinco a quinze anos:

1. Se pela violência exercida para realizar o roubo, causar uma das lesões previstas nos artigos 90 e 91.

2. Se o roubo for cometido com armas, ou despovoado e em banda.

No Código Penal da Argentina podemos averiguar a pena de cinco a quinze anos por roubo cometido com armas. Se a arma utilizada for de fogo, se eleva em um terço no mínimo e em seu máximo.

Adotando o mesmo critério, abstrato de análise de penas, em comparação com o crime cometido por arma imprópria, no critério brasileiro atualmente o agente teria uma pena de quatro a dez anos, de forma mínima, com a incidência das circunstâncias do artigo 59 do código penal, podendo elevar a pena base, quatro anos seria o mínimo possível a ser reprovável.

No Código Penal Argentino, o roubo com armas, perfaz cinco a quinze anos de pena, sendo que a quantidade mínima se resume em cinco anos, desta forma a quantidade mínima já seria maior que o critério Brasileiro.

No caso de arma de fogo, a Argentina expõe um terço no mínimo e um terço no máximo da pena, então seriam, respectivamente, cinco anos e vinte meses, que seria o total de seis anos e oito meses, e no montante máximo, quinze anos e sessenta meses, perfazendo um total de vinte anos.

No Brasil o máximo, hipoteticamente falando, sem considerar a individualização da pena seria dezesseis anos e oito meses. Observe que não estamos verificando as circunstâncias externa e individuais de um acusado no caso concreto, e sim hipoteticamente discutindo a máxima e a mínima das penas.

Podemos perceber claramente que a Argentina aduz uma pena maior com relação aos crimes de roubo com arma e arma de fogo, dando ainda, tratamento diverso para os casos da arma de fogo não tenha aptidão para o disparo, oferecendo uma diminuição, da pena de três a dez anos.

Com relação ao Brasil o Superior Tribunal de Justiça adota o critério objetivo na análise de arma de fogo, portanto, ao verificar que não há potencialidade lesiva, não classificaria o crime de roubo com arma de fogo, com reclusão de quatro a dez anos.

Podemos perceber com estes dois Códigos, inicialmente o Código de Portugal não realiza a defesa separada entre os crimes de roubo de armas e armas

Se a arma usada for de fogo, a escala penal planejada será aumentada em um terço no seu mínimo e máximo.

Se o roubo for cometido com uma arma de fogo cuja aptidão para atirar não possa ser tomada de forma alguma por credenciados, ou com uma arma de adereços, a penalidade será de TRÊS a DEZ anos de prisão ou prisão.

de fogo, sua reprovabilidade mínima é mais benéfica ao agente, e a máxima demonstra maior rigor.

No Código da Argentina, há uma separação, melhor classificação entre as incidências de arma e arma de fogo, com uma grande reprovabilidade, que desponta maior reprovação nas penas máximas, hipoteticamente falando, com relação ao crime brasileiro.

Portanto podemos perceber que no Brasil, os legisladores, ainda que tenham legislado para um aumento de pena nos crimes de roubo com arma de fogo, não chegam a ultrapassar a máxima em abstrato dos Códigos Penais estrangeiros.

Não remontamos ao fator punitivo da pena, muito menos ao fator repressivo, apenas demonstramos que há uma diferença técnica na reprovabilidade dos crimes.

Os Códigos estrangeiros não possuem classificação própria para os crimes de roubo com a utilização de explosivos, no máximo o Código Português pode verificar a incidência da natureza altamente perigosa do objeto furtado ou roubado, que pode se enquadrar no furto ou roubo de objetos explosivos.

Analisando a questão do uso de explosivos para arrombar caixas eletrônicos, verificamos que é uma nova situação social brasileira, a Lei 13.654 de 2018 em boa hora veio para defender interesses individuais e coletivos, englobando o patrimônio e a segurança coletiva como bens de proteção estatal, bem como interesses individuais ao proteger o furto de objetos explosivos.

5.3 Atualidade da Aplicação de Crimes de Roubo com Arma Própria e Imprópria

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça adotaram em seus entendimentos pela constitucionalidade da revogação do inciso I, parágrafo segundo do artigo 157 do Código de Processo Penal, portanto podemos analisar que atualmente a atitude correta do representante do Ministério Público será o pedido para a incidência do artigo 59 do Código Penal.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Em acordo com o artigo 68 a nova aplicação de pena amplia a pena base aplicada ao cálculo:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Desta forma percebe-se que a pena aplicada ao caso concreto será em muito inferior ao resultado antes da revogação do inciso primeiro do parágrafo segundo do artigo 157, que em sua antiga redação continha a definição de um terço até metade.

Em relação ao roubo com arma de fogo, restou classificado que a partir da vigência da lei, será cediço aplicar a causa de aumento de pena de dois terços, sendo mais grave sua pena, reprimindo os crimes de roubo com arma de fogo.

A Lei 13.654 tanto o modificou que atualmente a revogação do inciso I pode inclusive influenciar no regime inicial de cumprimento de pena, bem como nos lapsos temporais para concessão de benefícios na área da execução.

6 COMPETÊNCIA DO JUIZ DA EXECUÇÃO CRIMINAL E REVISÃO CRIMINAL

A Lei de Execução Criminal, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, dispõe as atribuições do juiz da execução, em seu artigo 66 especifica a competência do juízo:

Art. 66. Compete ao juiz da execução:
I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; (...)

Mirabete (2004, p. 185), indica que a competência do juiz encarregado da Execução Penal é estabelecida pelo artigo 66 e que os procedimentos correspondentes às situações previstas na lei procedem perante o mesmo juízo.

Prado, (2013, p. 122), esclarece que o Ministério Público também tem função de fiscal na área da Execução Penal: “O Ministério Público fiscalizará a *execução da pena* e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos *incidentes de execução*. (art 67, LEP)”.

Neste Diapasão, Prado, (2013, p. 122) com base na jurisprudência define:

A falta de intervenção do Ministério Público no processo de execução penal é causa de nulidade absoluta, que independe de demonstração de prejuízo, decorrente da própria natureza constitucional da instituição (STJ, HC 55899/DF, DJ 16.10.2006; HC 191569/SP, DJ 09.03.2011).

Portanto, Prado, (2013, p. 122) leciona que é pacífico na doutrina e jurisprudência a atuação do Ministério Público na área de Execução Penal, em descumprimento, incorre em nulidade absoluta, caso não tenha sido intimado a atuar.

A respeito da retroatividade da lei penal, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 1025) expõe:

A aplicação da lei penal posterior que, de algum modo, beneficia o sentenciado é uma decorrência de garantia constitucional (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” – art. 5.º, XL, CF), bem como de regra expressamente prevista no Código Penal (“a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” - art. 2.º, parágrafo único)(...).

Mirabete (2004, p. 185) leciona que o artigo 5º, XL, da Constituição Federal estabelece que a lei penal mais benigna é ultra-ativa e retroativa. Portanto ao analisar a exegese acima contida, verificamos que no ordenamento jurídico brasileiro imperam os princípios da ultratividade e retroatividade da lei penal benéfica, conforme o demonstrado no capítulo do Princípio da Extra-atividade da Lei Penal.

Demonstra Mirabete (2004, p. 186-187):

Compete ao juiz da execução aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado (inciso I). Nos termos do art. 2º e seu parágrafo do Código Penal, ocorrendo a *abolitio criminis* ou qualquer hipótese da lei nova mais benigna, esta será aplicada aos fatos ocorridos durante a vigência da lei anterior. Não cabe, porém ao juiz da execução, a aplicação da lei nova mais benigna quando esta já entrara em vigor na época da sentença. Há, no caso, coisa julgada, que só pode ser afastada na hipótese prevista constitucionalmente, ou seja, de lei posterior mais benigna que passa a vigor após a sentença condenatória irrecorrível. Na hipótese de não haver sido proferida a sentença originária ou a decisão em eventual recurso, caberá ao juiz do processo, ou ao tribunal competente para julgar a apelação, a aplicação de lei posterior mais favorável.

Neste diapasão, a atuação do juízo da vara de execução criminal ocorrerá após o transito em julgado de sentença condenatória com a ocorrência da lei mais benigna incidindo após o julgado da sentença, no caso de ocorrência de lei mais benigna ainda em sede de sentença, é cabível ao juiz ou desembargador, atuar com a aplicação da lei.

Ademais, Nucci (2011, p. 1025) assevera; havendo recurso em andamento, sendo este somente da acusação, pode o magistrado aplicar a lei mais benéfica por ser matéria de ordem pública.

Em mesma assertiva que Mirabete, Marcão (2009, p. 146), indica jurisprudência que aponta a competência para a aplicação da *lex mitior* como sendo do juízo da execução caso haja o transito em julgado da sentença; explicitando como incabível a análise e aplicação em sede de revisão criminal.

Mirabete (2004, p 187) ainda expõe:

Já se decidiu pela aplicação da lei nova mais benigna por meio da revisão criminal. Argumentava-se que o art. 13 da LICPP se limitou à aplicação da lei nova com relação às condenações ocorridas na vigência da então Consolidação das Leis Penais. Tal orientação, porém, foi fulminada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 611, assim formulada: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.” Justifica-se plenamente tal posição porque a

aplicação da lei nova mais favorável não está entre as hipóteses da revisão previstas taxativamente no art. 621 do Código de Processo Penal. Além disso, decidindo-se sobre a aplicação da lei nova mais benigna por meio da revisão subtrai-se ao Ministério Público ou ao condenado o segundo grau de jurisdição (recurso em sentido estrito ou agravo).

Desta forma há o entendimento jurisprudencial e doutrinário que a revisão criminal não embarca competência a respeito de *novatio legis in melius*, sendo de competência dos juízes da execução aplicar a lei mais benéfica ao sentenciado.

Contudo, expõe uma exceção à afirmativa acima Mirabete (2004, p 187), na hipótese em que, por outra razão, seja cabível a revisão criminal, indicando o exemplo de novas provas, afirmando a possibilidade de aceitar a aplicação da lei nova mais benigna no julgamento da revisão criminal.

Portanto, o advogado que se visualizar analisando o caso de majorante de emprego de arma que não seja arma de fogo já transitado em julgado, cabe fazer pedido ao juízo da execução para a aplicação da lei mais benéfica, no caso em questão, da Lei n.º 13.654, de 23 de abril de 2018, Artigo 157, § 2º, I, que demonstra a revogação do antigo inciso I, e atualmente não mais emprega causa de aumento de pena por emprego de arma, somente por arma de fogo.

Vislumbrando o caso de o juiz da execução não realizar a efetivação do pedido, caberia agravo e ainda seria possível o emprego de Revisão Criminal, no caso de novas provas, além do *Habeas Corpus*.

6.1 Agravo em Execução Criminal

Conforme o anteriormente explicado, a decisão a respeito da área de execução criminal é de competência do juiz da execução, desta forma, ao proferir decisão na esfera da execução criminal, o juiz da execução está passível de ter sua decisão agravada.

Nucci (2011, p. 882), assim conceitua agravo na execução:

É o recurso utilizado para impugnar toda decisão proferida pelo juiz da execução criminal, que prejudique direito das partes principais envolvidas no processo. Encontra previsão legal no art. 197 da lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal): “das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo”.

Identificado o recurso cabível para impugnar as decisões dos magistrados, cumpre identificar qual será o rito deste recurso. Nucci (2011, p. 882-883), deslinda inicialmente a área utilizada para a tramitação deste recurso, afirmando que no início da realização da Lei de Execuções Penais, Lei 7.210/84, houve dois entendimentos divergentes. O primeiro entendimento elucidava ser cabível o procedimento do agravo de instrumento do Código de Processo Civil, visto a similaridade dos recursos em sua denominação. O segundo entendimento creditou ao procedimento do recurso em sentido estrito, por seu rito tratar de matéria criminal em consonância. Nucci leciona que o atual posicionamento está correto em afirmar o rito do recurso em sentido estrito, pois, deslinda que seu procedimento é mais simplificado com relação ao réu e ao Ministério Público.

Em oposição ao entendimento de Guilherme Nucci, assim expõe Mirabete (2004, p. 819):

Outra questão surgida com a aplicação da Lei de Execução Penal diz respeito à abrangência do art. 197. Para a jurisprudência majoritária, cabe o recurso de agravo em todas as decisões do juiz da execução no procedimento judicial diante do exposto nos arts. 66 e 197 da Lei de Execução Penal. Há, porém, decisões em sentido contrário, argumentando-se que, em matéria não regulada pela Lei de Execução Penal, cabe o recurso, em sentido estrito, previsto no Código de Processo Penal, inclusive com efeito suspensivo nas hipóteses estabelecidas por esse Estatuto. Realmente, o art. 197 deve ser examinado em harmonia com o art. 194 da Lei nº 7.210/84, que disciplina o procedimento judicial a ser observado nas *situações previstas* nessa própria lei e não em outros diplomas legais. Estar a situação “prevista” na lei não é o mesmo que estar ela “mencionada” no estatuto. Assim, nas hipóteses referentes à unificação de penas, de aplicação da lei nova mais benigna prevista no Código Penal etc., o recurso cabível é o previsto no Código de Processo Penal e não o agravo em execução.

Ainda que Mirabete tenha entendimento diverso de Nucci, no sentido a aplicar recurso em sentido estrito, em especial à unificação de penas e aplicação de lei nova mais benigna, o posterior está em acordo com o entendimento majoritário dos tribunais.

Com relação aos prazos Mirabete (2004, p. 819) e Nucci (2011, p. 833) são uníssonos em afirmar que o prazo para a interposição do agravo em execução é de cinco dias, em acordo com a súmula 700 do STF, nos seguintes moldes: “É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal”.

Mirabete (2004, p. 819) demonstra, “Vigora no processo de execução penal o princípio da fungibilidade dos recursos, aceitável quando presente os requisitos legais”. Portanto, ainda que erroneamente seja proposto recurso diverso, se presente os requisitos, não agir em má-fé ou erro grosseiro, com a exordial protocolada no prazo cabível, pode o juiz conhecer do recurso para julgá-lo.

O artigo 195 expõe legitimados diversos do sentenciado para ingressar com recursos na esfera da execução:

Art. 195 - O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.

Neste diapasão, Nucci (2011, p. 833), indica que os legitimados acima mencionados somente podem ingressar com o pedido em favor do sentenciado, caso contrário, em seu desfavor são ilegítimos para o ato, com ofensa à ampla defesa, em entendimento ao qual o princípio do interesse de ingressar com recurso é adstringente à parte principal, afirmando ainda que são dois interessados primários aos recursos, o Ministério Público e o condenado.

6.2 *Habeas Corpus*

O *Habeas Corpus* é constitucionalmente identificado para proteger direitos e garantias individuais conforme o exposto na nossa Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 5º, inciso, LXVIII:

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

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Classificado no Capítulo X do Código de Processo Penal, em seus artigos 647 e 648, estabelecem:

Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

Nucci (2011, p. 944) indica o conceito de *Habeas Corpus*: “trata-se de ação de natureza constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção”.

Afirma Nucci (2011, p. 946), inicialmente o *Habeas Corpus* possuía a função para libertar da prisão o indivíduo que foi ilegalmente posto ao cárcere, e posteriormente evoluiu para atingir qualquer ato que obste direta ou indiretamente a liberdade, desta forma, exemplifica observada a utilização do remédio constitucional para trancar inquérito policial ou ação penal, quando ausente justa causa para sua realização.

Não obstante o acima exposto, o Código de Processo Penal, em seu artigo 654 expõe nos seguintes termos: *O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público*. Portanto, figura no polo de legitimidade ativa, o Ministério Público, bem como qualquer pessoa pode impetrar a medida, não se exigindo formalidades para a figuração no polo ativo.

Um exemplo de ausência de formalidade, é que o *Habeas Corpus*, não é peça privativa de advogado, ademais, pode ser utilizado qualquer instrumento cabível para a apresentação de seu trâmite, chegando a ser possível apresentar em toalhas ou papel de pão, e posteriormente, será redigido a termo e apresentado para a autoridade competente.

Figura no sujeito passivo a autoridade coatora, que indevidamente constrange o agente, em sua liberdade de locomoção, neste sentido, demonstra Novelino (2012, p. 589), “O sujeito passivo pode ser uma autoridade ou mesmo um particular, desde que o constrangimento seja decorrente da função por ele exercida. (...)”.

Novelino (2012, p. 591) faz uma ressalva com relação às punições disciplinares:

A Constituição faz uma ressalva quanto ao seu cabimento no caso das punições disciplinares (CF, art. 142, § 2.º). Esta vedação, no entanto deve ser interpretada com temperamentos, por ser cabível a impetração quando o questionamento estiver relacionado à análise da legalidade da punição disciplinar, ou seja, quando se tratar de questões como incompetência da autoridade, falta de previsão legal para a punição, inobservância das formalidades legais ou excesso de prazo de duração da medida restritiva da liberdade. A restrição constitucional, portanto, aplica-se exclusivamente ao mérito do ato, sendo cabível o *writ* constitucional para a aferição dos aspectos formais.

A Constituição Federal conota expressamente em seu artigo 142, a impossibilidade de aplicação de *Habeas Corpus* para punições disciplinares militares, entretanto, existem exceções, corroborando para o entendimento de Marcelo Novelino e nesse mesmo sentido, Nucci (2011, p. 948-949) afirma que a punição militar poder ser objeto de *Habeas Corpus* nos seguintes casos; incompetência da autoridade que aplica a punição militar, falta de previsão legal para a punição, inobservância das formalidades legais ou excesso de prazo de duração da medida restritiva de liberdade, sem nunca questionar a conveniência e oportunidade da medida, bem como não caberá o *writ* em punições militares que não comportam restrição de liberdade.

Ilustra Mirabete (2004, p. 188) o *Habeas Corpus* em matéria de Execução Penal:

Dadas suas características, não é possível, em princípio, a aplicação da lei nova mediante o processo sumário do *habeas corpus*. Entretanto, não se pode afastar o remédio heroico em algumas hipóteses. Sendo possível a aplicação da lei nova mais favorável pelo juiz, de ofício (art. 13 da LICPP), a inércia deste poderá constituir constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do condenado. Como esse constrangimento é demonstrado com a simples exposição dos fatos, por meio do pedido de *habeas corpus*, nada impede que seja concedida a ordem. Suponha-se, por exemplo, a hipótese de o condenado imputável estar descontando medida de segurança que já não lhe é aplicável; não há porque se recusar o *writ* se esse fato estiver demonstrado com a impetração, dispensando qualquer apreciação de provas. O mesmo se pode dizer nas hipóteses de *abolitio criminis*.

Por conseguinte, Mirabete (2004, p. 188), entende ser cabível *Habeas Corpus*, ainda que em casos de *abolitio criminis*, basta demonstrar, em seu entendimento, a inércia do magistrado e o constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do condenado.

Com relação ao tramite do *Habeas Corpus*, Mirabete aduz (2004, p. 820):

As questões relativas à execução da pena que demandam incontestável exame de prova, por envolverem aspectos objetivos e subjetivos, impedem que se concedam benefícios por via do *habeas corpus*. Não há impedimento, entretanto, quando se verificam, sem exame valorativo, os elementos documentais fornecidos com a impetração do *writ* para deferi-lo. Aliás, como regra, a existência de recurso próprio para atacar decisão proferida em sede de execução penal não constitui óbice à impetração de *habeas corpus*. Entretanto, o remédio heroico é via inadequada para o apressamento de decisões ou providências a serem tomadas durante a execução de penas, as quais devem ser pleiteadas junto ao Juízo das Execuções, competente originalmente para a matéria, com possibilidade de eventual recurso para a Superior Instância.

Expõe Mirabete (2004, p. 820); o *Habeas Corpus* deve ser utilizado quando o exame probatório se mostra inexigível, para que se conceda a ordem, caso contrário, a realização de exame de provas será um obstáculo à concessão do pedido. Neste diapasão, não obstante o pedido da benesse, afirma Mirabete que este não gera, via de regra, incompatibilidade com o eventual recurso dos atos na execução penal.

6.3 Revisão Criminal

A Revisão Criminal possui fundamento jurídico nos artigos 621 e seguintes do Código de Processo Penal e artigo 102, inciso I, alínea j, da Constituição Federal, exposto da seguinte forma:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

O Código de Processo Penal identifica a admissibilidade da Revisão Criminal em seu capítulo VII, conforme o abaixo ilustrado:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:
I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Nucci (2011, p. 926) conceitua a Revisão Criminal:

É uma ação penal de natureza constitutiva e *sui generis*, de competência originária dos tribunais, destinada a rever, como regra, decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. Trata-se de autêntica ação rescisória na esfera criminal, indevidamente colocada como recurso no Código de Processo Penal. É ação *sui generis*, pois não possui polo passivo, mas somente o autor, questionando um erro judiciário que o vitimou.

Desta forma, a Revisão Criminal não obstante estar contida nos Títulos de Recursos pelo Código de Processo Penal não é um recurso, sua função é assegurar que caiba ao acusado a possibilidade de, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, rever sua sentença, em razão do princípio constitucional para que seja assegurada a inexistência de erros judiciários.

Em razão ao artigo 621 do Código de Processo Penal, cabe o entendimento de que os processos findos se traduzem em sentença condenatória transitada em julgado, conforme o demonstrado por Nucci (2011, p. 933), caso haja qualquer decisão pendente a tratar em matéria recursal, não pode ser compreendido como transitado em julgado, bem como, caso a decisão não seja de mérito.

Nucci (2011, p. 933-935) entende que em relação ao inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal, em seu sentido textual deve ser analisado amplamente, não somente com relação à lei penal, mas em consonância com o exposto no Código de Processo Penal, e em contrariando a norma cabe Revisão Criminal. Com relação à decisão contrária a evidência dos autos, destaca a análise do conjunto probatório efetuado durante a instrução criminal, sendo necessário identificar que este conjunto é contrário à prova dos autos, e diretamente afrontoso, exemplificando o caso em que as testemunhas do crime afirmaram não ter sido o acusado o autor do delito, enquanto o juiz apenas com base na confissão em fase policial decide condená-lo, é cabível a utilização de Revisão Criminal.

Critica Nucci (2011, p. 934) a respeito deste respaldo anteriormente proferido na segunda parte do inciso I, com relação à evidência nos autos, no sentido de que muitos são os casos de utilização deste inciso para revisar toda a prova realizada no conjunto probatório colhido, afirma que o preceito da Revisão Criminal não é agir como uma terceira instância para a reafirmação da sentença, mas possui o fundamento de analisar e corrigir erros judiciários.

Com relação ao Inciso II do artigo 621 do Código de Processo Penal, demonstra Nucci (2011, p. 934-935), a necessidade de identificar a validade legal e verossímil do conjunto probatório acostados aos autos, em decorrência de comprovação de não autenticidade em fator determinante para a condenação, torna-se nítida a exigência da Revisão Criminal, com base em uma falsidade induvidosa, clara, cristalina.

O inciso III, do referido artigo, demonstra a indicação de novas provas como preceito fundamental, provas estas não verificadas anteriormente quando da condenação, que fundem em respeito à inocência do sentenciado, bem como em razão à possibilidade de diminuir a pena do mesmo. Desta forma, ao trazer novas provas à análise probatória do juiz, pode ter seu pleito deferido ou indeferido com vistas no caso concreto.

Ilustra Nucci (2011, p. 936- 937), que caberá ao acusado o ônus da prova em caso de Revisão Criminal, isto, pois, ele é o interessado na absolvição ou diminuição da pena em seu pleito, com fulcro no princípio *in dubio pro societate*, e não no famigerado *in dubio pro réu*. Assevera que ocorreu todo um procedimento com o princípio referido como base em sua valoração, destarte que, após a decisão transitada em julgado, nada mais justo que transferir o ônus da prova ao interessado.

Não obstante as possibilidades acima citadas, Mirabete (2004, p. 820) explica outro cabimento de Revisão Criminal:

Em tese, é cabível a interposição de revisão criminal da decisão do juiz da execução. Figure-se na hipótese de unificação de penas quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de circunstâncias que determine ou autorize diminuição especial da pena (art. 621, III do CPP), ou quando a decisão se fundar em exames ou documentos comprovadamente falsos (art. 621, II, por analogia).

A Revisão Criminal não traz em seu escopo prazo para que seja ingressada, podendo ocorrer após a extinção da pena em acordo com o Art. 622 do Código de Processo Penal: *A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.*

Com relação ao sentido da Revisão Criminal; Nucci (2011, p. 927), afirma que “Ora, é justamente essa a função da revisão criminal: sanar o erro judiciário, que é indesejado e expressamente repudiado pela Constituição Federal.”

Os sujeitos estão elencados pelo artigo 623 do Código de Processo penal: *A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.* Ademais, Nucci (2011, p. 928) compreende que o companheiro(a) em união estável pode ajuizar revisão criminal.

Em observância ao acima exposto, Nucci (2011, p. 928) afirma que o representante do Ministério Público não é parte capaz de ingressar com Revisão Criminal, visto que, não há expressa autorização para sua atuação na lei, afirmando que após a relação processual e transitada em julgado a sentença, o Parquet perdeu seu interesse processual de agir, visto não existir o *jus puniendi* do Estado.

Embora este instituto possua critérios distintos de aplicação, em acordo com o artigo 626 do Código de Processo Penal, não pode a pena do condenado ser agravada, conforme o abaixo exposto:

Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.

Parágrafo único. De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.

O artigo 627 do Código de Processo Penal identifica a relação em caso de absolvição, acarretando a recuperação de todos os desdobramentos recorrentes da condenação, expostos da seguinte forma: *Art. 627. A absolvição implicará o restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação, devendo o tribunal, se for caso, impor a medida de segurança cabível.*

Em caso de decisão denegatória de Revisão Criminal, Nucci (2011, p. 941) esclarece os recursos cabíveis;

Contra a decisão proferida na revisão criminal não há recurso ordinário, pois a ação é sempre de competência originária. Logo, cabe apenas embargos de declaração, recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso. Quando se tratar de decisão isolada do relator, cabe o agravo regimental.

Identificado os recursos como; embargos de declaração, recurso especial ou recurso extraordinário, e, em casos de decisão isolada ser possível a utilização do agravo regimental, verifica-se que a defesa dos direitos e garantias constitucionais do condenado pode e deve ser exposta aos trâmites legais com uma ampla defesa. Ademais, ainda que haja o cumprimento da pena em sua

integralidade, não obsta o interesse processual do sentenciado, visto que existem desdobramentos da caracterização da sentença, o agente pode ter sido condenado na esfera cível a reparar o dano cometido, agora, se este dano não for considerado ilegal, em razão da absolvição do agente, pode o mesmo buscar reparação cível.

Neste Diapasão, percebe-se que a ação penal gera efeitos ao condenado, e ainda que ele esteja morto, em acordo com o artigo 623 do Código de Processo Penal, seus legitimados podem ajuizar Revisão Criminal para limpar sua honra, retirando o escopo destes efeitos, demonstrando o erro judicial, bem como exigir reparação ao Estado, se a Revisão Criminal for julgada e deferida em razão de absolvição no mérito.

6.4 *Abolitio Criminis e Novatio legis in Mellius*

Cabe um adendo com relação à *abolitio criminis* e *novatio legis in melius*, Bitencourt (2017, p. 219) classifica *abolitio criminis*: “Ocorre *abolitio criminis* quando a lei nova deixa de considerar crime fato anteriormente tipificado como ilícito penal. A lei nova retira a característica de ilicitude penal de uma conduta precedentemente incriminada”.

Ademais, como efeitos da *abolitio criminis*, Bitencourt (2017, p. 219), elenca: “A *abolitio criminis* faz desaparecer todos os efeitos penais, permanecendo os civis.”, desta forma, ainda que o agente tenha cometido crime e sua conduta não mais será classificada como típica, possível efeito cível subsiste, em contrapartida, todos os efeitos penais são removidos.

Bitencourt (2017, p. 220) classifica *novatio legis in melius*: “Pode ocorrer que a lei nova, mesmo sem descriminalizar, dê tratamento mais favorável ao sujeito”. Neste diapasão, *abolitio criminis* e *novatio legis in melius*, são caracterizações que beneficiam o agente, tanto o agente que está na fase de condenação, como o agente que está executando a sentença.

Cumprе ressaltar que, na fase de Execução Penal, ambos comportam atuação do juiz da execução.

7 SISTEMÁTICA DA PENA NAS ALTERAÇÕES DO CRIME DE ROUBO

Antes da alteração da Lei 13.654 de 2018, o integrante do Ministério Público ao ajuizar a ação buscaria em seu escopo, nos crimes de roubo com arma de fogo e roubo com arma imprópria classificar no inciso I do parágrafo segundo do artigo 157, do Código Penal, desta forma, a pena era aumentada de um terço até metade.

Após a alteração da lei o Ministério Público buscou caracterizar a inconstitucionalidade da mesma, mediante arguição de inconstitucionalidade do artigo 4ª da Lei 13.654 de 2018, porém não obteve êxito.

A 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por intermédio do Relator Edison Brandão, reconheceu da inconstitucionalidade do artigo 4ª da lei 13.654 de 2018, na Apelação Criminal nº 0022570-34.2017.8.26.0050, e determinou a instauração de incidente de inconstitucionalidade com remessa ao Órgão Especial. (Ap. Crim. nº 0022570-34.2017.8.26.0050).

Conquanto, não obteve êxito a assertiva do membro do Ministério Público, ainda que favorável o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou constitucional a aplicação da benesse por maioria de votos em cinco de setembro de 2018, onde conheceram e rejeitaram a arguição, em consoante ao Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0017882-48.2018.8.26.0000. (Inc. Arg. Incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

Em síntese, afirmaram que, ainda que respeitadas as opiniões contrárias, a assertiva firmada é obstante demais ao formalismo jurídico, visto a ocorrência da sanção presidencial, neste diapasão, sustentaram não haver qualquer prejuízo expressivo, bem como já há projeto de lei reinserindo o emprego de arma que não seja de fogo no diploma da lei em acordo com o projeto PLS 279/2018, já remetido à Câmara dos Deputados sob nº PL 1054/2018. (Inc. Arg. Incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

Ademais, demonstraram os inúmeros julgados favoráveis à constitucionalidade, realizados pelo Superior Tribunal de Justiça, e pelo próprio Tribunal de Justiça, que reconhecem a *abolitio criminis*, operando aplicação de *novatio legis in mellius*. (Inc. Arg. Incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

Conquanto seja claro o posicionamento a respeito dos Tribunais Superiores no sentido negativo, decidindo a favor da constitucionalidade, cabe ao Ministério Público em acordo com o Código Penal, em razão do artigo 59 exigir que na primeira fase de dosimetria da pena, seja realizado um tratamento distinto, por consequente uso de arma imprópria para a realização do crime, nesse sentido está a decisão do Órgão Especial. (Inc. Arg. Incons. nº 0017882-48.2018.8.26.0000).

Neste diapasão, verifique-se que a proporcionalidade em nada logra louros na nova lei, visto que em grau de periculosidade a conduta ao ser comparada entre utilização de objetos para a concretização do roubo com arma imprópria e o roubo sem arma, diferencia-se inicialmente no quanto ao grau de intimidação sofrido pelo agente. Posteriormente pode averiguar a conduta do acusado com relação o risco de vida corrido e o grau de periculosidade do objeto utilizado.

Desta forma, ainda que o critério utilizado para a análise do crime de roubo com utilização de arma de fogo seja objetivo com relação à subjetividade da utilização de arma de brinquedo, o mesmo deveria ser aplicado na relação entre o roubo sem a utilização de arma imprópria e o roubo com utilização de arma imprópria.

Se o objeto utilizado é capaz de infringir na vítima uma intimidação grave, no caso positivo, deveria haver a valoração superior ao caso de simples roubo com agressão sem objetos intimidatórios, citem-se facas, garrafas, taco de madeira, objetos que podem causar lesões graves, bem como, o acusado ao possuir o conhecimento de alguma arte marcial capaz de lesionar gravemente a vítima também possui com relação ao seu ofendido um destaque em sua conduta.

Frise o porte de um lutador de *Muay Thai*, luta corporal destrutiva, agredindo uma pessoa que não possui instrução ou capacidade de autodefesa, está claro que o agente consegue agredir a vítima com uma lesividade muito maior, impossibilitando a chance de defesa do ofendido.

Aliás, no caso concreto, em razão do viés objetivo da utilização de arma de fogo, pode-se averiguar que sua aplicação denota o interesse real de proteção ao cidadão, nada mais justo do que utilizar o mesmo sentido com relação aos objetos que são capazes de lesionar o ofendido.

Portanto, a revogação do inciso, I, não está em acordo com o corolário da proporcionalidade, da ofensividade, da intervenção mínima, muito menos da fragmentariedade do Direito Penal.

Cabe argumentar a situação real da intenção do legislador ao implementar a lei no período de cogitação da realização, destacando a situação social do Brasil. Os criminoso em grande parte agem roubando caixas eletrônicos com o objetivo de auferir vantagem ilícita, mas para conseguir tem que utilizar de objetos explosivos, que causam grande impacto não somente na estrutura do ambiente ao seu redor, bem como podem lesionar transeuntes e vizinhos dos locais bancários, em contrapartida ao preceito de Paz Pública, ao lesionar a coletividade causa grande alteração na vida cotidiana e segurança da população, nada mais proporcional e justo é a aplicação de pena com maior gravidade por ofender bens jurídicos mais amplos, que merecem uma maior proteção estatal.

A análise da antiga lei do crime de roubo identificava que antes da *novatio legis in melius*, os magistrados aplicavam a incidência do inciso primeiro do parágrafo segundo no caso de crime de roubo com arma imprópria e arma de fogo, aumentando a pena de um terço até metade.

Porém, atualmente, após a alteração da Lei 13.654 de 2018, os magistrados de primeiro grau agem, em situações da utilização de arma imprópria, na primeira fase de dosimetria da pena, seja realizado um tratamento distinto, não aplicando o aumento de um terço até a metade, e sim, atuando em acordo com o artigo 59 do Código Penal, utilizando como circunstancias que aumentam a pena base.

Aplicado nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Habeas Corpus Nº 432.571 – Santa Catarina, e no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Nº 1.249.427 – São Paulo, ambos da ministra Maria Thereza de Assis Moura de 2018, o entendimento claro de demonstrar afirmador da corrente que aceita como constitucional a Lei 13.654 de 2018, se perfaz observar que é o entendimento do professor e desembargador Guilherme de Souza Nucci, esta prática está consolidada já no tocante ao Tribunal de Justiça e Superior Tribunal de Justiça, constituindo atualmente, obste ao entendimento do Ministério Público, que em razão de sua atuação agora deve buscar agravar a pena base, em acordo com o artigo 59 do Código Penal.

8 CONCLUSÃO

A Lei 13.654 de 2018 buscou aumentar a pena em virtude dos crimes de furto e roubo com o intuito de furtar explosivos ou matérias similares, bem como roubo a caixas eletrônicos ou similares com a utilização de explosivos, porém em sua constituição foi alterado pelo CORELE (Coordenação de Redação Legislativa), sendo aprovado pelos legisladores, e sancionado pelo Presidente do Brasil, ao invés de ampliar sua área de abrangência em busca de adaptação à nova situação social do Brasil, efetuou um verdadeiro disparate ao remover o inciso I, e retirar de sua penalidade a qualificadora de uso de arma imprópria, desta forma, agiu em prol ao sentenciado que visualizou a minoração de sua pena. Consequentemente nota-se ambíguo sentido, a favor e contra o interesse estatal, visto que não houve alteração fática social com relação ao crime de roubo com arma imprópria.

O Ministério Público, busca a inconstitucionalidade da lei, porém, agora deve atuar com fulcro no artigo 59 do Código Penal, por conta da utilização arma imprópria, pedir aumento na pena base, e caso não recorra da decisão do magistrado com o pedido subsidiário neste sentido, poderá ver incabível de lograr êxito com relação aos recursos nos tribunais, que possuem o entendimento a não aplicá-lo no caso de ausente o recurso por parte do Ministério Público, vedando a *reformatio in pejus* da sentença condenatória.

Neste diapasão, os juízes e desembargadores afirmaram seu sentido literal da lei, e aplicaram a lei mais benéfica aos acusados com tramite legal. Portanto, cabe uma síntese, este benefício se estendeu a todos aqueles que cometeram o crime, com processo em andamento ou trânsito em julgado, ficando com relação ao último a atuação do juiz da execução.

Caso o juiz da execução não exerça a redução da pena, o advogado deve realizar pedido para a aplicação da lei mais benéfica, caso seja negado o pedido, em acordo com os entendimentos de Nucci, ingressar com agravo em execução com fulcro no artigo 197 da Lei de Execução Penal, bem como pode, alternativamente, e hipoteticamente, apresentar Habeas Corpus, com o entendimento de Mirabete, ou Revisão Criminal, ainda que não expreso literalmente no Código Penal, em razão de novas provas que possam alterar a incidência do crime com a utilização de arma imprópria. Demonstrando o entendimento de Mirabete, este entende ser cabível Recurso em Sentido Estrito da

decisão de aplicação de lei nova mais benigna e não o agravo em execução como é o entendimento de Nucci.

Com todo o acima exposto parece lógico a inconstitucionalidade formal no momento de realização da Lei 13.654 de 2018, o entendimento do Ministério Público versa de forma mais correta pela ausência do interesse dos legisladores ao revogar o inciso, porém, está consolidado o entendimento na opinião contrária em consonância com a Defensoria Pública, o Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça, que decidiram pela constitucionalidade da revogação, afirmando que em tese não houve prejuízo para declarar nulidade absoluta, visto que já existe projeto de lei pendente a inserir o aumento de pena por porte de arma.

No que cinge a esta questão da ausência de prejuízo para declarar nulidade, argumentados pelo Tribunal de Justiça, podemos identificar que os princípios reguladores do direito penal discorrem contrários a este posicionamento, há ausência de proporcionalidade entre as condutas de roubo armado e roubo simples, desta forma houve ofensa ao princípio da legalidade, lesividade, intervenção mínima e fragmentariedade, o Estado será negado de proteger com efetividade o cidadão.

A Lei 13.654 de 2018 agiu de forma ambígua aos interesses do legislador, com relação ao crime de furto, inseriu o fato do furto de explosivo, aumentado a pena do acusado, com relação ao crime de roubo, ao retirar de sua área o inciso I, a classificação de aumento de pena da utilização de arma imprópria, foi prejudicial ao seu interesse acarretando uma *novatio legis in melius*, porém, verifica-se que em contra partida, elevou a pena para os crimes de roubo com arma de fogo e inseriu uma nova modalidade mais grave de roubo, com a utilização de explosivos.

Desta forma, ainda que possa acarretar em diminuição da pena dos acusados e sentenciados, ao atuar para prevenir e reprimir novas situações fáticas no Brasil, a Lei 13.654 de 2018, acarreta verdadeiro disparate no variado rol de legislações Brasileiras, gerando polêmica e discussão jurídica em relação às suas vertentes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**, São Paulo: IBCCRIM, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed., 11ª r., São Paulo: Martin Claret, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 23ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**, volume 3. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dez. de 1940. **Código penal**. Brasília, DF: Senado, 1940.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689 de 03 de out. de 1941. **Código de processo penal**. Brasília, DF: Senado, 1941.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de jul. de 1984. **Lei de execução penal**. Brasília, DF: Senado, 1984.

BRASIL. Lei 13.654 de 23 de abr. de 2018. Brasília, DF: Senado, 2018.

BRASIL. **Superior tribunal de justiça**. Ag. Int. no Habeas Corpus nº 432.571 – Santa Catarina, Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 2018.

BRASIL. **Superior tribunal de justiça**. Ag.Rg. no Agravo em Recurso Especial nº 1.249.427 – São Paulo, Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 2018.

CÓDIGO PENAL DE PORTUGAL. Disponível em: <https://www.ieb-eib.org/nl/pdf/loi-portugal-euthanasie.pdf> Acesso em 02 fev. 2019.

CÓDIGO PENAL DA ARGENTINA. Disponível em: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/1500019999/16546/texact.htm#20> Acesso em 02 fev. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. Salvador, BA: JusPODIVM, 2013.

ESTEFAM, André. **Direito penal; parte geral (arts. 1º a 120)**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 2 :parte especial (arts. 121ª 234-B)**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 17ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HUNGRÍA, Nélon. **Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Arts. 1º a 10. 3. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

HUNGRÍA, Nélon. **Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Arts. 11 a 27. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1947-1959.

HUNGRÍA, Nélon. **Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Arts. 155 a 196. 3. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral.** 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada e interpretada.** 3ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: volume 1 : parte geral : arts. 1º a 120.** 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: volume 2: parte especial : arts. 121 a 212.** 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984.** 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal.** Volume 2 Parte especial, arts. 121 a 234-B. 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal,** 1ª ed., 2ª r. Curitiba: Juruá, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte especial – arts.121 a 212 do código penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, v II.** 16ª ed., ver., atual. e ampl. (a partir da 11ª edição). São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário; **Direito de execução penal**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SÃO PAULO. **Defensoria pública**. Manifestação no incidente de arguição de inconstitucionalidade, nº 0017882-48.2018.8.26.0000, Defensor Público: João Felipe Belem de Gouvêa Reis; Defensora Pública: Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho, 2018.

SÃO PAULO. **Ministério público**. Procuradoria Geral de Justiça, Parecer em incidente de inconstitucionalidade, nº 0017882-48.2018.8.26.0000, Subprocuradoria Geral de Justiça: Wallace Paiva Martins Silva, 2018.

SÃO PAULO. **Tribunal de justiça**. Apelação criminal nº 002257034.2017.8.26.0050, Relator: Des. Edison Brandão, 2018.

SÃO PAULO. **Tribunal de justiça**. Incidente de arguição de inconstitucionalidade nº 0017882-48.2018.8.26.0000, Relator: Des. Alex Zilenovsky, 2018.