



Teoria da Lei Penal

Prof^a. Fernanda Rocha Martins
@fequintao

Teoria da lei penal

Certame	Cobrança
1- UFMT – DPE/MT – 2016	Princípios
2- FCC – DPE/RR – 2017	Princípios
3- VUNESP – DPE/RO – 2017	Escolas Penais
4- VUNESP – DPE/RO – 2017	Interpretação da lei
5- FCC – DPE/AM – 2017	História do direito penal
6- FCC – DPE/RS – 2018	Insignificância
7- FUNDEP – DPE/MG – 2019	Princípios
8- Cespe/Cebraspe – DPE/DF – 2019	Lei Penal no Espaço
9- FCC – DPE/RR – 2021	Princípios



Teoria da lei penal

1) Interpretação da lei penal:

- Interpretar é descobrir o real sentido e o verdadeiro alcance da norma jurídica. Não bastassem as frequentes ambiguidades do texto legal, imperfeição e falta de terminologia adequada ou redação obscura, o aplicador do direito sempre estará interpretando a norma para encontrar seu melhor significado. Não se pode esquecer que os textos legais são e devem ser gerais e genéricos, pois é impossível ao legislador abranger todas as hipóteses que o cotidiano social nos oferece. (...) Incontáveis situações fatalmente surgirão, sem que haja uma previsão legal específica que reclame sua adequação à ordem jurídica pelo aplicador da lei. E essa adequação o Magistrado deverá fazer por meio da interpretação (BITENCOURT, 2015, p. 186).



Teoria da lei penal

- O limite da interpretação é o texto. O Direito Penal não exige nenhum método particular de interpretação diferente da interpretação jurídica geral. Deve-se atentar, entretanto, aos limites impostos pelo princípio da legalidade.

Interpretação quanto às fontes:

- Pode ser:
 - a) autêntica: é a interpretação fornecida pelo próprio Poder Legislativo, pelo Poder que elabora o diploma legal e, por isso, pode ser chamada de legislativa. O legislador edita nova lei para esclarecer o conteúdo e o significado de outra já existente. Essa interpretação conferida pelo legislador é, em princípio, obrigatória, especialmente quando proveniente de outra lei, que é a dita *norma interpretativa*



Teoria da lei penal

diferente da interpretação jurisprudencial e doutrinária. Às vezes, o legislador insere essa interpretação no próprio texto legal, como ocorre com a concepção de casa no crime de violação de domicílio (art. 150, §§4º e 5º ou a definição de funcionário público para fins penais (art. 327, CP). É a chamada interpretação autêntica contextual.

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: (...)

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.



Teoria da lei penal

Obs. Se a lei interpretativa limitar-se a aclarar o sentido e o alcance do dispositivo legal ou diploma interpretado, pode ser aplicada retroativamente a todos os fatos abrangidos por esse diploma. Havendo alguma inovação no novo diploma legal, contudo, fica vedada a sua retroatividade, salvo quando tiver natureza mais benéfica.

b) jurisprudencial: é produzida pelos tribunais por meio da reiteração de suas decisões. Jurisprudência é o conjunto de decisões judiciais sobre determinado tema, reiteradas de forma mais ou menos frequente. Jurisprudência, outras palavras, é a declaração do direito, em caráter individual e vinculada ao caso concreto, ao contrário da lei, que é genérica e abstrata. A interpretação judicial ou jurisprudencial não tem coercibilidade genérica, valendo, porém, de forma cogente para o caso submetido a julgamento.



Teoria da lei penal

Obs. Quando determinadas decisões adquirem unanimidade nos tribunais superiores, tratando-se de matéria relevante, acabam sendo sumuladas (STF e STJ). A exceção das sumulas vinculantes, os magistrados não são obrigados a acatar o teor das súmulas, mas estas buscam padronizar e dinamizar a distribuição jurisdicional.

c) doutrinária: é produzida pelos doutrinadores que interpretam a lei à luz de seus conhecimentos técnicos, de estudiosos da ciência jurídica. Não tem força vinculante, mas indica o caminho a seguir e servem para embasar as decisões judiciais.

Interpretação quanto aos meios:



Teoria da lei penal

- (I) Interpretação gramatical ou literal (filológica): é a interpretação que se fixa no significado das palavras contidas no texto legal; procura o sentido da lei através da função gramatical dos vocábulos, do significado literal das palavras utilizadas pelo legislador. Crítica: ignora que, muitas vezes, o sentido técnico de determinados termos não corresponde ao literal que a gramática normalmente lhe empresta. Toda interpretação de um texto parte de seu sentido literal. Por isso, nesse método interpretativo, há 02 regras básicas: a) a lei não tem palavras supérfluas; b) as expressões contidas na lei têm conotação técnica e não vulgar.
- (II) Interpretação histórica: serve para compreender as razões e os fundamentos de determinado instituto, o sentido e a razão de determinada política criminal, o por que de o legislador ter adotado determinada orientação legislativa em determinado momento histórico. Ex. exposição de motivos.



Teoria da lei penal

(III) Interpretação lógico-sistemática: no processo interpretativo como um todo, partindo de um aspecto literal, o intérprete envolve-se com a lógica e procura descobrir os fundamentos políticos-jurídicos da norma em exame. Procura relacionar a lei que examina com outras que dela se aproximam, ampliando o seu ato interpretativo. Busca encontrar o verdadeiro sentido da lei, em seu aspecto mais geral, dentro do sistema legislativo, afastando eventuais contradições. A essa altura depara-se o intérprete com o elemento sistemático, investigando o sentido global do direito, que a lei expressa apenas parcialmente.

Interpretação quanto aos resultados:

a) declarativa: expressa tão somente o sentido linguístico, literal, do texto interpretado, que seria a concordância entre o resultado da interpretação gramatical e da lógico-sistemática. Na interpretação



Teoria da lei penal

declarativa o texto não é ampliado nem restringido, correspondendo exatamente a seu real significado.

A interpretação declarativa, portanto, afirma a coincidência da norma com o sentido exato do preceito.

b) restritiva: procura reduzir ou limitar o alcance do texto interpretado na tentativa de encontrar seu verdadeiro sentido. Aqui, a lei diz mais do que quer. Em tais casos, o interprete, valendo-se de elementos lógicos, sistemáticos, teleológicos ou históricos, procura limitar a amplitude da lei, restringindo a sua aplicação.

c) extensiva: o sentido da norma está aquém de sua expressão literal. Aqui, a lei diz menos do que pretendia. É, portanto, o processo de extração do significado da norma, ampliando o seu alcance para possibilitar sua aplicação lógica.



Teoria da lei penal

- Há controvérsia sobre a possibilidade de interpretação extensiva contra o réu. Sobre tal, há duas correntes:
 - 1) Possível, pois não é um processo de criação de normas, sendo tão somente de interpretação. Ex. O art. 172 do CP pune a emissão de duplicata em desacordo com a venda realizada. Por interpretação extensiva, deve-se punir a emissão de duplicata quando não existir a venda.
 - 2) Não é possível, pois a lei penal incriminadora deve ser interpretada restritivamente. STJ:

“(...) 5. No caso, o paciente foi sentenciado pelo delito de tráfico de drogas, tendo sido reconhecida sua reincidência devido à condenação definitiva anterior pelo crime de furto qualificado (delito comum). Para tal hipótese, inexistente na *novatio legis* percentual a disciplinar a progressão de regime ora pretendida, pois os percentuais de 60% e 70% foram destinados aos reincidentes específicos. 6.



Teoria da lei penal

Em direito penal não é permitido o uso de interpretação extensiva, para prejudicar o réu, devendo a integração da norma se operar mediante a analogia *in bonam partem*. Princípios aplicáveis: Legalidade das penas, retroatividade benéfica e *in dubio pro reo*. A lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário (...)

7. Agravo regimental provido, concedendo habeas corpus de ofício para que se opere a transferência do paciente a regime menos rigoroso com a observância, quanto ao requisito objetivo, do cumprimento de 40% da pena privativa de liberdade a que condenado, salvo se cometida falta grave (STJ - 5ª Turma - AgRg no HC 613268/SP – Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – j. 09.12.2020). No mesmo sentido: STJ - 6ª Turma - AgRg no HC 598839/SP - Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 01.12.2020. Tema pacificado: STJ - 3ª Seção - REsp nº 1910240/MG, j. 26.05.2021 e STF – Plenário - ARE 1.327.963, j. 17.09.2021 – Tema 1169.



Teoria da lei penal

Interpretação analógica (*intra legem*):

- É o processo de extração do significado da norma, utilizando-se os elementos fornecidos pela própria norma interpretada. É admissível, pois prevista na própria lei. O legislador utiliza uma cláusula genérica seguida de uma fórmula casuística. Assim, aquela (a cláusula genérica) deve ser compreendida em harmonia com os casos equivalentes (a fórmula casuística). **Ex.**

Art. 121. Matar alguém:

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;



Teoria da lei penal

Analogia (argumento analógico ou aplicação analógica):

A analogia não é forma de interpretação da lei penal. Trata-se de processo de integração da norma, cuja finalidade é suprir lacunas. Consiste em aplicar a um fato não disciplinado por norma alguma norma disciplinadora de fato semelhante.

Analogia contra o réu (analogia *in malam partem*) à vedada, já que tal hipótese feriria o princípio da legalidade.

Analogia a favor do réu (analogia *in bonam partem*) à admissível, se a omissão legislava for involuntária. O silêncio eloquente não permite o uso da analogia, ainda que favorável ao réu.

Atenção:

- Interpretação Analógica: interpreta aplicando o próprio conteúdo da norma.
- Analogia: integra a norma suprimindo lacunas.



Teoria da lei penal

Norma penal em branco (norma cega ou aberta):

São normas penais cujo conteúdo do preceito primário não é determinado, porém determinável, exigindo-se complementação por outra norma (integradora ou complementar). Pode ser:

- (I) Norma penal em branco imprópria ou em sentido amplo ou homogênea:** fonte de produção do tipo penal em branco e do complemento é homogênea, ou seja, ambos derivam do Congresso Nacional e se exteriorizam por meio de lei. Subdivide-se em:
- a) Homovitelina: O complemento dado pelo legislador está no mesmo corpo normativo do tipo principal. Ex. os crimes funcionais e o conceito de funcionário público estão no Código Penal (art. 327).
 - b) Heterovitelina: O complemento normativo dado pelo legislador está em outro diploma legal, distinto daquele que contém o tipo principal. Ex. art. 184 - violação de direitos autorais.



Teoria da lei penal

(II) Norma penal em branco própria, heterogênea ou em sentido estrito: A fonte de produção do complemento do tipo penal em branco (que deriva da União e se exterioriza por meio de lei) é diversa da fonte deste. Na norma penal em branco heterogênea o complemento encontra-se em atos infralegais, como por exemplo, portarias e decretos do Poder Executivo. Ex. relação de drogas, no crime de tráfico, consta em portaria editada pelo Ministério da Saúde.

Obs. É majoritário o entendimento de que esse tipo de construção normativa é constitucional. Para que se atenda ao princípio da legalidade basta que o TIPO PENAL esteja previsto em lei em sentido formal. A norma é indeterminada, mas determinável.

(III) Norma penal em branco invertida ou ao revés: Há inversão quanto ao local no qual se exige a



Teoria da lei penal

complementação normativa. O tipo penal traz satisfatoriamente a descrição do preceito primário, no entanto, o seu preceito secundário (cominação da pena) é lacunoso ou incompleto. Ex. lei de genocídio (Lei 2.889/56, art. 1º) que remete às penas do Código Penal.

(IV) Norma penal em branco de fundo constitucional: Ocorre quando o complemento do preceito primário é uma norma constitucional. Ex. Art. 246 do Código Penal – “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”. O conceito de instrução primária pode ser encontrado no art. 208, I da Constituição Federal – “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”.



Teoria da lei penal

(V) Norma penal em branco ao quadrado: Verifica-se quando o complemento da lei penal em branco necessita também de complemento. Ex. Art. 38 da Lei 9.605/98: “Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção”. O conceito de “floresta de preservação permanente” é conferido pelo art. 6º da Lei 12.651/12: “Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades”. Assim, podemos identificar que o complemento (conceito de floresta de preservação permanente) também precisa de outro complemento (ato do Chefe do Poder Executivo).



Teoria da lei penal

VUNESP – 2017 – DPE-RO

O Código Penal estabelece que é crime “praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público” (CP, art. 233). Para interpretar o exato significado da expressão “ato obsceno”, deve o operador do Direito valer-se de elementos:

- a) analógicos.
- b) autênticos.
- c) sociológicos.
- d) gramaticais.
- e) sintáticos.



História do Direito Penal

2) História do Direito Penal:

2.1 Período primitivo:

- O Direito Penal acompanha os povos desde a formação dos primeiros grupos sociais.
- Era caracterizado por uma áurea mística, mágica, ligada à religião e influenciada por instintos de conservação pessoal e coletiva.
- Penas cruéis que castigavam os culpados e a família.
- Na verdade, o que havia era uma espécie de Direito Repressivo, relacionado ao estilo social dos povos primitivos, que a doutrina convencionou chamar de Fase da Vingança Penal, que se divide em:



História do Direito Penal

a) Vingança divina:

- A visão de mundo pelos homens era limitada, carregada de crenças no sobrenatural. Acreditava-se, por exemplo, que fenômenos naturais (chuva, vento, por exemplo) eram provocadas por divindades que os premiavam ou os castigavam por seu comportamento.
- Divindades = Totens;
- Sociedades Totêmicas;
- Quando um dos integrantes do grupo social praticava alguma conduta proibida – “os tabus” – que acreditava ser capaz de ofender os “totens”, o próprio grupo, com medo de retaliação divina, punia o infrator.
- Direito Penal com fundo religioso: a pena era aplicada pelos sacerdotes, de forma cruel, desproporcional e degradante.



História do Direito Penal

- Principais codificações: Código de Manu (Índia), Cinco Livros (Egito), Livro das Cinco Penas (China), Avesta (Pérsia), pentateuco (Hebreus), entre outros.

b) Vingança privada:

- A vingança não se relaciona mais com às divindades, mas sim com a forma de reação de um indivíduo contra outro ou de um grupo contra outro.
- A vingança com caráter pessoal: a própria vítima, família ou grupo a que pertencia realizava a vingança.
- Perda da paz: espécie de pena que se aplicava quando a infração era praticada contra um membro do próprio grupo, situação que gerava o banimento do infrator daquela comunidade, deixando-o sem proteção e a mercê de grupos inimigos.



História do Direito Penal

- Vingança de sangue: espécie de pena que se aplicava quando a vítima pertencia a outro grupo social. O grupo agredido, no sentido de vingar o crime, iniciava uma verdadeira guerra grupal.
- Isso gerava lutas acirradas entre grupos e famílias.
- Como forma de evitar a aniquilação das tribos, surge o Talião que, representado pelo brocardo “olho por olho, dente por dente”, trouxe o critério da proporcionalidade entre o crime e a pena, não permitindo mais vinganças arbitrárias e desproporcionais.
- A adoção irrestrita do Talião, com o passar do tempo, levou a que grande parte da população ficasse deformada pela perda do membro. Portanto, não era a solução mais adequada para a punição. Aparece, então, o costume de substituir o ofensor por um escravo, a fim de que a punição se fizesse na pessoa deste, poupando-se o ofensor.



História do Direito Penal

- Evolui-se para a Composição: o infrator podia comprar sua liberdade ao pagar um preço em moedas, animais, ferramentas, armas, para a vítima ou sua família, que vendiam o direito de represália.
- O valor era recebido pela vítima e, na sua falta, por parentes. A comunidade só recebia se não houvesse parentes. Com o passar do tempo, contudo, a comunidade passou a ter direito a uma parte da Composição que era chamada de *fredum*, equivalente à metade ou um terço do total.
- Codificações: Código de Hammurabi (Babilônia), Êxodo (Hebreus), Pentateuco, Lei das XII Tábuas (Romanos), etc.

c) Vingança pública:



História do Direito Penal

- Com a melhor organização social e fortalecimento do Estado, comprova-se que as formas anteriores turbam a paz, o que legitima a atuação do Estado com a aplicação da pena pública, cuja função era proteger a existência do próprio Estado e do Soberano, tendo como delitos principais os de lesa-majestade e, sucessivamente, os que atacassem a ordem pública e os bens religiosos ou públicos, como homicídios, lesões corporais, crimes contra a honra, a propriedade, etc.
- Jimenez de Asúa: somente pode falar-se em “pena” a partir da fase pública, pois antes as manifestações punitivas não passavam de vinganças coletivas, guerras e vinganças privadas.
- A repressão penal busca manter a todo custo a paz pública, utilizando-se do terror e da intimidação na execução das penas. É nessa época que surgem as leis mais severas e cruéis e que se castiga com maior dureza não só os crimes mais graves, como também os de magia e feitiçaria. A pena transcendia, em alguns casos, a pessoa do réu e atingia seus descendentes por diversas gerações.



História do Direito Penal

- Predominava a desigualdade: nobres com penas suaves e plebeus e servos com castigos pesados. Além disso, reinava a mais absoluta arbitrariedade, pois juízes e tribunais podiam impor penas não previstas em lei e considerar fatos não apenados como criminosos. Isso perdurou até quase o século XIX.
- Com a evolução do Estado, o Direito Penal vai abandonando seus apoios religiosos e místicos para transformar-se em um sistema jurídico. Consequentemente, evolui-se no tempo e chega-se a tempos históricos e sociedades já não tão remotos. Alguns povos concluem a evolução mais rápido, como os romanos, outros demorando mais em um desses períodos, como os germânicos, e outros insistindo em um fundamento primário, o religioso, por exemplo, como os povos orientais.
- Como se deu essa evolução?



História do Direito Penal

2.2 Período humanitário:

- Na segunda metade do século XVIII, filósofos, juristas e moralistas começam a censurar abertamente o modelo penal vigente, apontando seus abusos e clamando pelos direitos do homem.
- Iluminismo: foi nesse período que pensadores abandonaram a concepção religiosa e passaram a adotar a razão como guia das atividades humanas. Começaram a criticar o modelo absolutista e seus privilégios, o que incluía o modelo de Direito Penal vigente.
- Marcos:
 - (I) A injusta condenação à roda, em 1762, na cidade de Tolosa, do comerciante protestante Juan Calas, pela morte de seu filho. Voltaire, em um de seus mais ardentes escritos, acusou os tribunais franceses de homicídio judicial, jogando a opinião pública contra o Estado.



História do Direito Penal

(II) 1764: publicação do livro “Dos delitos e das penas”, de Beccaria.

- Principais pensadores do período: Beccaria (Dos delitos e das penas); Jean Jacques Rousseau (Do contrato social), Montesquieu (O Espírito das Leis), Voltaire (O Preço da Justiça e da Humanidade); Jeremias Bentham (Introdução aos Princípios Morais na Legislação); Immanuel Kant (Metafísica dos Costumes); Friedrich Hegel (filosofia do Direito); John Howard, Jean Paul Marat, entre outros.

a) Beccaria e sua obra:

- Cesare Bonesana (1738-1794), o Marquês de Beccaria, publicou “Dos delitos e das penas” pela primeira vez em 1764, de forma apócrifa.
- Compartilhava as ideias de Rousseau e Montesquieu e, por isso, sua obra baseia-se no contrato social e no fato de que as vantagens deste deveriam ser igualmente distribuídas.



História do Direito Penal

- Investiu contra o uso das leis em favor das minorias; a falta de proporcionalidade entre os crimes e as penas; a falta de clareza das leis, especialmente o pretexto de “consultar o espírito das leis”; a tortura como método de confissão; o costume de se por a cabeça a prêmio; a pena de morte e as penas cruéis;
- Defendeu a moderação das penas, a necessidade de a lei estabelecer quais os indícios justificariam a prisão, a descriminalização de alguns delitos e sua contribuição mais importante: a necessidade de previsão legal dos delitos e das penas (princípio da legalidade).
- A obra inaugura um novo tempo, caracterizado pela diminuição progressiva da intervenção estatal, com a inversão do papel do Direito Penal que passa a defesa do cidadão frente ao Leviatã, tanto que Von Liszt a chamou de “Magna Carta do Delinquente”.



História do Direito Penal

b) John Howard e sua obra:

- 1726-1799;
- Foi um comerciante inglês que acabou vítima do cárcere: o barco em que viajava da Inglaterra para Portugal foi aprisionado por corsários franceses e seus passageiros lançados em um calabouço na França, onde passaram vários meses.
- Quando retornou à Inglaterra, foi eleito *sheriff* no condado de Bedford e passou a se dedicar ao estudo e às reformas do sistema prisional.
- Em 1777 publicou o resultado de suas pesquisas, em uma obra considerada um clássico do Direito Penitenciário Mundial: *The state of the prisons in England and Walles*.
- Nessa obra propôs a classificação de pessoas submetidas ao encarceramento, da seguinte forma: (a)



História do Direito Penal

- processados deveriam ter um regime especial, já que a prisão não era um castigo, mas um meio assecuratório; (b) condenados teriam a restrição da liberdade conforme a sentença condenatória; (c) devedores. Insistiu na separação entre homens e mulheres; jovens e adultos.

c) Jeremias Bentham e o panóptico:

- Foi um influente pensador inglês (1748-1832), cujas ideias influenciaram a reforma penal de seu país e dos redatores do Código de Napoleão.
- Preocupava-se não com as leis, mas com a forma cruel e desumana com que os castigos eram aplicados.
- Zaffaroni: Bentham não aceitava que houvesse qualquer direito subjetivo anterior ao Estado, sendo



História do Direito Penal

que o único critério para estabelecer se uma ação deve ou não ser considerada criminosa é a utilidade de declará-la como tal e de sancioná-la como uma pena.

- Foi o pai da doutrina utilitarista: o critério da utilidade é o grau de felicidade. Bentham somente admitia a aplicação de uma pena se houvesse alguma utilidade, a aplicação da pena não poderia basear-se unicamente na retribuição do mal praticado pelo infrator, mas na felicidade que isso traria para a maioria da sociedade, pois evitaria o cometimento de novos crimes através da prevenção. De outra parte, a pena só seria eficaz se o delinquente percebesse que sofreria um mal superior ao bem-estar que persegue com o delito.
- Destacou-se por ser grande entusiasta do sistema penitenciário: criou o estabelecimento carcerário conhecido como panóptico.



História do Direito Penal

- É um estabelecimento “para guardar os presos com mais segurança e economia, e para trabalhar ao mesmo tempo em sua reforma moral, com novos meios para assegurar sua boa conduta, e de prover sua subsistência depois de sua soltura. (...) Os quartos dos presos formariam o edifício da circunferência com seis níveis, e podemos configurar esses quartos como nichos abertos pela parte interior, porque uma grade de ferro bastante grossa os expõe inteiramente à vista (...) Uma torre ocupa o centro, e esta é a habitação dos inspetores (...) A torre de inspeção está também rodeada de uma galeria coberta com uma persiana transparente que permita ao inspetor observar todos os nichos sem que lhe vejam, de maneira que com uma olhada veja um terço de seus presos e, movendo-se em um pequeno espaço, possa vê-los todos em um minuto, mas ainda que esteja ausente, a sensação de sua presença é tão eficaz como sua própria presença. (...) O todo deste edifício é uma colmeia cujos nichos



História do Direito Penal

todos possam ser vistos de um ponto central. O inspetor reina invisível como um espírito; mas, em caso de necessidade, pode esse espírito dar imediatamente a prova de sua presença real. Essa casa de penitenciária poderia chamar Panóptico para expressar em uma só palavra sua utilidade essencial, que é a faculdade de ver com uma olhada tudo quanto se faz nela” (BENTHAM, *apud* BRITO, p. 131-132).

2.3. Escolas Penais:

- Conceito: “São o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções” (Jiménez de Asúa), ou seja, os autores de uma mesma escola compreendem de maneira mais ou menos uniforme o crime e suas causas, o criminoso e a pena.



História do Direito Penal

- A noção de escola é recente porque, somente a partir de Beccaria, é que os autores passam a estudar e sistematizar as suas ideias em relação ao Direito Penal. E é somente no chamado Período Científico (posterior ao período humanitário) que surgem as escolas penais propriamente ditas, quando Enrico Ferri, representante da escola positiva, chama os autores que vieram antes de seu mestre Lombroso de clássicos.
- Importante: seguindo o conceito de “escolas penais” proposto, deve-se admitir que há autores anteriores aos clássicos que, apesar de terem desenvolvido ideias importantes ao Direito Penal, não seguem uma linha de pensamento padronizada a ponto de poderem ser qualificados como de uma ou outra escola.
- Entre os pré-clássicos estão Beccaria, Bentham e Howard. Além deles, destaca-se:



História do Direito Penal

(I) Giandomenico Romagnosi (1761-1835):

- Foi um jurisconsulto e filósofo italiano: era jusnaturalista – preso à noção de direito independente das convenções humanas -, e negava o contrato social.
- Publicou 02 (duas) obras importantes: Filosofia do Direito e “Gênese do Direito Penal”;
- Sustentava que o Direito Penal se fundamenta no direito que a sociedade tem de defender-se dos criminosos.
- Quanto à pena, era um utilitarista: somente admitia a imposição da pena caso esta cumprisse a sua função, qual seja evitar o cometimento de novos delitos por impor médio ao futuro criminoso.

(II) Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833):



História do Direito Penal

- Jurista alemão, é considerado por muitos o fundador do moderno Direito Penal e o primeiro dogmático da doutrina jurídico-penal.
- Era contratualista, pois entendia o Estado como uma sociedade civil organizada mediante a submissão das pessoas a uma vontade comum, sendo o seu principal objetivo a criação da condição jurídica, ou seja, a existência conjunta dos homens conforme as leis do direito. Assim, toda forma de lesão jurídica contradiz o objetivo do Estado, qual seja: que no Estado não haja nenhuma lesão jurídica.
- Para evitar a lesão jurídica não é suficiente a coação física (eficaz somente no momento do cometimento do crime), devendo o Estado atuar mediante coação psicológica que seja eficaz em cada caso particular, sem que se exija um conhecimento prévio da lesão.



História do Direito Penal

- Coação psicológica: é a ameaça de pena que impedirá os cidadãos de cometerem lesões jurídicas (crimes), pois terão medo de serem apenados.
- Sobre a teoria da coação psicológica: “como o próprio Feuerbach dizia, o indivíduo inclinado para o mal deveria ser amarrado a uma corrente para que não pudesse levar a cabo suas perversas inclinações; mas como isso é impossível, deve-se buscar uma espécie de corrente psicológica que determine que o indivíduo que racionalmente calcula as vantagens e inconvenientes de seu ato abstenha-se de cometer delitos. Isso se conseguirá fazendo-se com que a gravidade da pena que pudesse ser imposta seja mais determinante que o possível proveito que pudesse ser obtido com a comissão do delito” (HASSEMER, *apud* BRITO).
- Foi Feuerbach que cunhou em latim o princípio da legalidade penal: “nullum crimen, nulla poena



História do Direito Penal

sine lege”. Sua teoria da coação psicológica converteu-se em um dos pilares fundamentais da teoria da prevenção geral e com isso de uma incipiente, mas estruturada, teoria do delito.

- Foi ele, também, quem redigiu o Código Penal da Baviera de 1813, que serviu de modelos para códigos do mundo inteiro.

2.3.1. Escola Clássica.

- Maior expoente: Francesco Carrara (1805-1882);
- “Programa de Direito Criminal”: publicada em 1859, é considerada a primeira obra científica do Direito Criminal.
- Suas ideias partem de uma concepção jusnaturalista de que “o direito é congênito ao homem,



História do Direito Penal

porque lhe foi dado por Deus, desde o momento de sua criação, para que possa cumprir seus deveres nessa vida”.

- Crime: é entendido como um “ente jurídico”, ou seja, para ser considerada criminosa, uma ação deve necessariamente, consistir na violação de um direito. E essa violação tem que ser perpetrada por uma vontade inteligente e livre, ou seja, a materialização de um crime depende simultaneamente de uma lesão ou ameaça de lesão ao direito de outrem e que essa tenha sido praticada por alguém que entende o que faz e é capaz de controlar suas vontades, alguém moralmente imputável.
- O livre arbítrio para Carrara é um dogma, um pressuposto da existência humana e da ciência criminal, que sem ele não existiria.



História do Direito Penal

- Definição de delito de Carrara: infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato humano externo, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.
- Quanto à pena: mantendo a lógica de seu sistema baseado na moral, Carrara adota uma concepção retributiva, afastada do utilitarismo. A pena deve buscar a justiça e a defesa da humanidade.
- Características da Escola Clássica: (a) O crime é um ente jurídico, é a violação do direito, como exigência racional (e não como norma jurídica do direito positivo); (b) Responsabilidade penal fundada no livre arbítrio, sendo a liberdade de querer um axioma fundamental para todo o sistema do direito punitivo; (c) A pena é retribuição jurídica e restabelecimento da ordem externa violada pelo delito (FRAGOSO).



História do Direito Penal

2.3.2. Escola Positiva.

- Enquanto a Escola Clássica é resultado dos ideais do Iluminismo, a Escola Positiva também é fruto do momento histórico-filosófico preponderante quando do seu surgimento, qual seja o Positivismo do final do século XIX.
- Durante essa época, conhecida como Período Científico, as ciências naturais ganharam novos contornos, influenciadas pelo positivismo de Augusto Comte e pelas ideias evolucionistas de Darwin e Spencer.
- A sociologia, antropologia, psiquiatria e psicologia passam a influenciar as demais disciplinas.
- Assim, tudo que pode ser comprovado através de experiências ganha status de ciência o que não é possível com o Direito quando visto pelas lentes da Escola Clássica (preexistente ao Homem e dado pelo Criador).



História do Direito Penal

- O crime não é mais um ente jurídico e abstrato, dependente única e exclusivamente do livre arbítrio do homem, mas sim um episódio de desajustamento social ou psicológico, dependente das forças exteriores e interiores que atuam no sujeito e determinam a prática da conduta criminosa.
- Determinismo: o crime já não é uma escolha livre e individual que cabe unicamente ao indivíduo, mas sim um problema social dependente da periculosidade das pessoas, que é determinada tanto por fatores internos (psicológicos e genéticos) como externos (meios ambientes, relações sociais, etc.).
- Para os clássicos, qualquer pessoa poderia ser um delinquente, desde que assim escolhesse, logo, não fazia sentido estudar o delinquente. Para os positivistas é o reverso: tem muito sentido estudar o criminoso para que se diagnostique quais foram as características pessoais ou fatores externos que determinaram a prática do crime.



História do Direito Penal

- Método: dedutivo de lógica abstrata para a escola clássica e indutivo e de observação dos fatos para a escola positiva; aquela tendo por objeto o crime como ente jurídico e esta o delinquente como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito praticado.
- Função da pena: a pena não tem mais um caráter moral retribucionista, mas sim um caráter utilitário: instrumento de defesa da sociedade perante os criminosos. Fundamento da pena: a personalidade do criminoso, sua periculosidade e não mais a gravidade do crime. É aqui que surge o conceito indeterminado de pena, que futuramente chamamos de Medida de Segurança.
- A escola positiva se divide em 03 (três) fases:

1) A Fase Antropológica, com Cesare Lombroso (1835-1909):



História do Direito Penal

- O início desta fase ocorre com a publicação de O Homem Delinquente (1876), de Cesare Lombroso.
- Lombroso introduziu a aplicação do método experimental no estudo da criminalidade, desenvolvendo a teoria do criminoso nato (atavismo), cujas características morfológicas constituiriam um tipo antropológico específico: do mesmo jeito que se nasce louco, se nasce criminoso. Os criminosos congênitos representam uma regressão ao homem selvagem, tanto do ponto de vista biológico quanto do psicológico.
- Lombroso chegou a estabelecer características físicas e psíquicas que permitiriam reconhecer o criminoso.
- Entretanto, não chegou a afirmar que o criminoso nato estava fatalmente destinado a vida



História do Direito Penal

criminosa, pois além dos fatores internos havia a necessidade de que os fatores externos também assim o permitissem.

- Suas teorias nunca foram comprovadas cientificamente, mas revolucionaram o Estudo das Ciências Criminais da época, sobretudo por colocar no centro de seus estudos o elemento mais importante do fenômeno criminoso que até então era ignorado: a pessoa.

2) A Fase Sociológica, com Enrico Ferri (1856-1929):

- Enrico Ferri, por sua parte, representa a diretriz sociológica do positivismo. O delito, para Ferri, não é produto exclusivo de nenhuma patologia individual (o que contraria a tese antropológica de Lombroso), senão – como qualquer outro acontecimento natural ou social – resultado da



História do Direito Penal

contribuição de diversos fatores: individuais, físicos e sociais. Entende, pois, que a criminalidade é um fenômeno social como outros, que se rege por sua própria dinâmica, de modo que o cientista poderia antecipar o número exato de delitos e a classe deles, em uma determinada sociedade e em um momento concreto, se contasse com todos os fatores individuais, físicos e sociais antes citados e fosse capaz de quantificar a incidência de cada um deles. Porque, sob tais premissas, não se comete nenhum delito a mais nem a menos (lei da “saturação criminal”).

- Defendeu a inexistência do livre-arbítrio, sustentando que o crime tinha por origem fatores antropológicos, sociais e físicos.
- Pregou a responsabilidade social em substituição à moral (o homem só é responsável porque vive em sociedade).
- Pena: teria dupla finalidade: punir e ressocializar.



História do Direito Penal

3) A Fase Jurídica, com Raffaele Garófalo (1851-1954):

- Garófalo, embora fiel às premissas metodológicas do positivismo (método empírico), distanciou-se tanto da Antropologia lombrosiana como do sociologismo de Ferri.
- O autor se destacou pelo seu conceito de delito natural: seriam aquelas condutas que em todos os tempos e lugares fossem consideradas puníveis, ou seja, que pairassem acima e anteriormente às próprias legislações.
- Em relação aos delinquentes, acreditava que não eram pessoas normais, mas sim portadores de anomalias do sentimento moral.
- Em relação à tipologia dos criminosos, elaborou a seguinte classificação: natos – privados de qualquer sentimento altruísta; violentos e energéticos – aqueles que não tem qualquer sentimento de piedade; e ladrões e neurastênicos – não tem o sentido de probidade.



História do Direito Penal

- Garófalo desenvolveu uma teoria naturalista da responsabilidade, mediante a transposição do campo biológico ao campo social das leis de adaptação;
- Pena: Garófalo afasta-se das ideias da Escola Positiva, pois sustenta que a função da pena é a eliminação do delinquente, podendo ser relativa ou absoluta, dependendo da sua aplicabilidade ao convívio social. Defende que “a reação eliminativa é um efeito socialmente necessário da ação do delito”. Aos completamente inadaptados defende, expressamente, a pena de morte.

Características da Escola Positiva: (a) o delito é um fenômeno natural e social produzido por causas de ordem biológica, física e social; (b) o delinquente é biológica e psiquicamente um anormal; (c) a crença no livre-arbítrio da liberdade humana é uma ilusão, pois a vontade humana é determinada por



História do Direito Penal

influxos de ordem física, psíquica e social; (d) como consequência dessa concepção determinista, a responsabilidade penal deixa de fundamentar-se sobre a imputabilidade moral e passa a ter como base a responsabilidade social; (d) a pena tem por fim a defesa social.

2.3.3. Terza Scuola Italiana ou terceira escola ou escola eclética

- Surgiu em 1891 quando Manuel Carnevale publicou o famoso artigo *Uma terza scuola di diritto penale in Italia*, propondo uma corrente intermediária que compatibilizava as escolas anteriores.
- Assim, a chamada Terceira Escola (Terza Scuola) defendia a manutenção da autonomia do direito penal, mas aliada à Filosofia do Direito, ao mesmo tempo em que se deveriam promover investigações antropológicas e sociológicas do crime.



História do Direito Penal

- A Terceira Escola nega a existência livre arbítrio, no que concorda com a Escola Positiva, mas sustenta, como a Escola Clássica, a responsabilidade moral dos indivíduos.
- Concebe o delito como um fenômeno individual e social, a orientação do estudo científico do delinquente e da criminalidade, mas rechaça e nega a doutrina da natureza patológica do delito, o critério da responsabilidade legal e a absorção do direito penal pela Sociologia Criminal.
- Da escola clássica, além do princípio da responsabilidade moral, a Terceira Escola aceita a distinção entre imputáveis e inimputáveis.
- A pena tem como função a defesa social, nos moldes positivistas, porém sem perder seu caráter aflitivo. Mas, como nos moldes clássicos, a pena tem natureza e finalidade distinta da medida de segurança.



História do Direito Penal

2.3.4. Escola Moderna Alemã:

- Tem viés crítico positivista e também é conhecida por Escola de Política Criminal, escola Moderna ou Escola Sociológica;
- Teve seus postulados apresentados em 1881, em uma conferência na Universidade de Marburgo, por Franz Von Liszt (1851-1919);
- Principal trabalho: “Tratado de Direito Penal”.
- Influências: Adolf Merkel e Rudolf Von Ihering;
- O crime é o resultado da cooperação de dois grupos de condições. De um lado, a própria natureza individual do delinquente e, de outro, as condições exteriores, físicas e sociais, sobretudo econômicas que o rodeiam.



História do Direito Penal

- Liszt admite que a pena é necessariamente um mal e lhe empresta a ideia de fim: admite-se a possibilidade de se utilizarem os múltiplos efeitos da ameaça penal e de sua execução para a proteção dos interesses da vida humana, de modo que a pena pode se prestar a várias funções, tais como prevenção especial, prevenção geral, inocuização e ressocialização, pois sustenta que a pena deve se adaptar, em sua espécie e medida, à natureza própria do delinquente.
- (a) Delinquente ocasional: a pena deve procurar impedir, através da privação da liberdade, o cometimento de outros crimes; (b) jovens delinquentes: medidas educadoras; (c) delinquentes momentâneos: basta a recordação da representação intimidadora dos mandados e proibições do Estado com a aplicação de multas; (d) delinquentes por natureza: aqueles com inclinação criminosa arraigada – exige-se inocuização; (e) criminoso em estado incipiente: é aquele que demonstra uma



História do Direito Penal

inclinação ao crime – deve ser aplicada uma pena duradoura e enérgica, a fim de extirpar-lhe a predisposição criminosa.

- Pressuposto da pena: imputabilidade. Difere a pena da medida de segurança que seria para os inimputáveis.
- “Ciência Total do Direito Penal”: reunia dogmática, criminologia e política criminal.
- A Escola Moderna Alemã destacou-se com contribuições que perduram até hoje: tratamento do menor sob uma ótica educativa e assistencial, institutos como o livramento condicional e o sursis.

2.3.5. Escola Moderna Correcionalista:

- Também conhecida como Correcionalismo Penal, surgiu na Alemanha, em 1839, pautada nas



História do Direito Penal

contribuições de Karl David Augusto Röeder e de sua obra “*Comentatio an poena malum esse debeat*”.

- Apesar de ter nascido na Alemanha, foi na Espanha que alcançou seu maior desenvolvimento, com seu maior expoente Pedro Dorado Montero (1861-1919), com sua obra “O Direito Protetor dos Criminosos” de 1915.
- Negou a existência de um direito natural e partiu do determinismo. Para ele: “Um sistema penal congruente com as modernas concepções filosóficas e sociológicas, com as concepções derivadas do naturalismo causalista, não pode menos que partir da consideração do delinquente como um indivíduo débil, débil de corpo ou de espírito, ou de ambas as coisas, e por tal motivo, necessitado de fortalecimento e ajuda”. Assim:



História do Direito Penal

- 1 - O infrator é um ser incapaz, munido de debilidade, perversidade e que, ao cometer o delito, pratica uma injustiça social.
- 2 - A pena é, assim, um meio para a realização do bem social, baseada em uma política correcional e pedagógica, com a finalidade terapêutica de corrigir a injusta e a perversa vontade do criminoso. Dessa forma, a pena possui uma função de prevenção especial e tem como consequência a regeneração do criminoso.

2.3.6. Escola Técnico-Jurídica:

- As primeiras ideias da corrente tecnicista surgiram na Alemanha, com Karl Binding. Porém, seu maior desenvolvimento foi alcançado na Itália, onde Arturo Rocco, em 1905, proferiu a famosa aula



História do Direito Penal

magna na Universidade de Sassari, onde abordou o problema do método no estudo do Direito Penal.

- O Tecnicismo passou por dois momentos históricos:
 - 1) A primeira fase teve como colaboradores Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Massari e Delitala e se caracterizou pela ideia de que análise do direito penal deve ser estritamente dedicada às leis e à exegese, de forma que deve ser afastado o seguimento causal-explicativo inerente à antropologia, à sociologia e à filosofia. Por consequência, nega-se a existência do direito natural, bem como da análise do livre arbítrio. O estudioso do direito deve, então, largar a investigação filosófica e passar a se dedicar aos estudos do direito positivo, com base em técnicas de exegese, dogmática e crítica.
 - 2) A segunda fase teve como colaboradores Maggiore, Giuseppe Beol, Petrocelli e Giulio Baaglini, e,



História do Direito Penal

apesar de continuar com uma vertente bem teórica, diferentemente da primeira fase, passou a admitir a existência do direito natural, acolhendo o livre-arbítrio e reestruturando a pena em sua perspectiva retributiva.

2.3.7. Defesa social:

- Marcada também por duas distintas fases, a Defesa Social surgiu no século XX
- 1) A primeira Fase foi desenvolvida por Filippo Gramatica, que em 1945, fundou o Centro Internacional de Estudos de Defesa Social. No primeiro momento, sustentava-se que o Direito Penal deveria somar esforços na luta contra a criminalidade, mas vista como fenômeno social. Em vista do ideal de defesa da sociedade, praticava-se a utilização de medidas de neutralização do



História do Direito Penal

indivíduo por prazo indeterminado, o que protege a sociedade, mas marginaliza e segrega o agente.

- 2) A segunda fase foi desenvolvida por Marc Ancel (1902/1990). Com a maturação da sociedade após o período das duas grandes Guerras Mundiais, a Defesa Social, já sob uma perspectiva de profilaxia criminal, passou a objetivar o aprimoramento da sociedade, partindo do melhoramento do indivíduo. Isso porque entendia-se que a delinquência era produto de uma disfuncionalidade da organização social. Assim, o dever de punir do Estado passou a ser estudado como o dever de agir de forma preventiva e pautado no respeito pela dignidade da pessoa humana (ex. prevenção de crimes, tratamento do menor delinquente e reforma penitenciária). Nesse prisma, pregava-se a utilização de medidas educativas, curativas e dosadas em conformidade com as características pessoais do infrator.



História do Direito Penal

5. (TJPR/CESPE/2019) Com relação às escolas e tendências penais, julgue os itens seguintes:
- I. De acordo com a escola clássica, a responsabilidade penal é lastreada na imputabilidade moral e no livre-arbítrio humano.
 - II. A escola técnico-jurídica, que utiliza o método indutivo ou experimental, apresenta as fases antropológica, sociológica e jurídica.
 - III. A escola correcionalista fundamenta-se na proposta de imposição de pena, com caráter intimidativo, para os delinquentes normais, e de medida de segurança para os perigosos. Para essa escola, o direito penal é a insuperável barreira da política criminal.
 - IV. O movimento de defesa social sustenta a ressocialização do delinquente, e não a sua neutralização. Nesse movimento, o tratamento penal é visto como um instrumento preventivo.



História do Direito Penal

Estão certos apenas os itens:

- a) I e III.
- b) I e IV.
- c) II e III.
- d) II e IV.