

ROGÉRIO SANCHES CUNHA

MANUAL DE
DIREITO PENAL

VOLUME ÚNICO

PARTE GERAL

(arts. 1º ao 120)

12^a
edição

revista
atualizada
ampliada

2023



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo V

TEORIA GERAL DA NORMA PENAL

Sumário • 1. Princípios e sua relação com o Direito Penal; 2. Princípios gerais do Direito Penal; 2.1. Princípios relacionados com a missão fundamental do direito penal; 2.1.1 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos; 2.1.2. Princípio da intervenção mínima; 2.1.2.1 Princípio da insignificância (ou bagatela própria); 2.1.2.2 Princípio da bagatela imprópria; 2.1.2.3 Princípio da adequação social; 2.2 Princípios relacionados com o fato do agente; 2.2.1. Princípio da exteriorização ou materialização do fato; 2.2.2. Princípio da legalidade; 2.2.2.1. Princípio da legalidade, tipo aberto e a norma penal em branco; 2.2.3. Princípio da ofensividade ou lesividade; 2.3. Princípios relacionados com o agente do fato; 2.3.1. Princípio da responsabilidade pessoal; 2.3.2. Princípio da responsabilidade subjetiva; 2.3.3. Princípio da culpabilidade; 2.3.4. Princípio da igualdade; 2.3.5. Princípio da presunção de inocência (ou da não culpa); 2.4. Princípios relacionados com a pena; 2.4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana; 2.4.2. Princípio da individualização da pena; 2.4.3. Princípio da proporcionalidade; 2.4.4. Princípio da pessoalidade; 2.4.5. Princípio da vedação do *bis in idem*.

1. PRINCÍPIOS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL

Previamente à análise dos princípios penais, convém, ainda que de maneira muito breve, tecer alguns comentários aplicáveis a toda a espécie de princípio.

Os princípios podem ser explícitos, positivados no ordenamento, ou implícitos, quando derivam daqueles expressamente previstos e decorrem de interpretação sistemática de determinados dispositivos. Como exemplo dos primeiros, temos o da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, do qual deriva, implicitamente, o da proporcionalidade, segundo o qual se deve estabelecer um equilíbrio entre a gravidade da infração praticada e a severidade da pena, seja em abstrato, seja em concreto.

Devem ser ressaltadas **duas** diferenças básicas entre a lei e os princípios.

A **primeira** diferença reside na forma de solução de conflito existente entre ambos. Havendo embate entre leis, somente uma delas prevalecerá, afastando-se as demais. Não será essa a solução, todavia, para o enfrentamento entre princípios.

Neste caso, invoca-se a proporcionalidade¹ (ou ponderação de valores), aplicando-os em conjunto, na medida de sua compatibilidade. Logo, não há revogação de princípios.

1. A proporcionalidade aqui mencionada não se confunde com o princípio penal com essa mesma denominação, que é derivado da individualização da pena e que não se destina à solução de conflitos entre princípios.

Essa distinção é também preconizada por **RONALD DWORKING**, que explica que:

“As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão [...]. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”².

É por este motivo que os princípios continuam válidos no plano abstrato, embora no plano concreto um deles possa ter prevalecido sobre o outro.

Outra diferença está no plano da concretude. Malgrado ambos sejam dotados de aplicação abstrata, os princípios possuem maior abstração quando comparados à lei. Com efeito, a lei é elaborada para reger abstratamente determinado fato, enquanto os princípios se aplicam a um grupo indefinido de hipóteses. Por exemplo: a norma incriminadora prevista no artigo 155 do Código Penal serve para reger todas as situações em que ocorra um furto. De outra parte, o princípio da legalidade serve de respaldo para a análise de todo o Direito, e, por conta disso, permeia a análise de todos os tipos penais.

Feitas estas breves considerações, passemos à análise dos princípios norteadores do Direito Penal.

2. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL

O estudo dos princípios tomará como base a classificação adotada por Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, na obra “Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais” (ed. Revista dos Tribunais), na qual são separados em quatro grupos: 1 – princípios relacionados com a missão fundamental do Direito Penal; 2 – princípios relacionados com o fato do agente; 3 – princípios relacionados com o agente do fato; 4 – e, por fim, princípios relacionados com a pena.

1º Princípios relacionados com a MISSÃO FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL	2º Princípios relacionados com o FATO DO AGENTE	3º Princípios relacionados com o AGENTE DO FATO	4º Princípios relacionados com a PENA
Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos	Princípio da exteriorização ou materialização do fato	Princípio da responsabilidade pessoal	Princípio da dignidade da pessoa humana
Princípio da intervenção mínima	Princípio da legalidade	Princípio da responsabilidade subjetiva	Princípio da individualização da pena

2. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35-46.

1º Princípios relacionados com a MISSÃO FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL	2º Princípios relacionados com o FATO DO AGENTE	3º Princípios relacionados com o AGENTE DO FATO	4º Princípios relacionados com a PENA
	Princípio da ofensividade / lesividade	Princípio da culpabilidade	Princípio da proporcionalidade
		Princípio da isonomia	Princípio da pessoalidade
		Princípio da presunção de inocência	Princípio da vedação do “bis in idem”

2.1. Princípios relacionados com a missão fundamental do Direito Penal

2.1.1. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

Segundo LUIZ REGIS PRADO:

“Bem jurídico é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.”³

Gianpaolo Poggio Smanio propõe a seguinte classificação de bens jurídico-penais⁴:

a) de natureza individual, “são os referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular”. Como exemplos, podem ser citados: a vida, a integridade física, a propriedade e a honra.

b) de natureza coletiva, “que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares”. Estão compreendidos dentro do interesse público. Podem ser citados como exemplos a incolumidade pública e a paz pública.

c) de natureza difusa, “que também se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares”. Contudo, trazem uma conflituosidade social que contrapõem diversos grupos dentro da sociedade. São exemplos o meio ambiente, as relações de consumo, a saúde pública e a economia popular.

3. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

4. *Tutela Penal dos Interesses Difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, pg. 93.

Como se observa, a noção de bem jurídico pressupõe a relevância para a sociedade de determinado “ente material ou imaterial”⁵, o que deve encontrar respaldo nos valores que emanam da Constituição e nos princípios do Estado Democrático e Social do Direito.

Partindo dessas premissas, não poderia o Estado (legislador) utilizar o Direito Penal para, por exemplo, criminalizar o exercício de uma religião específica, sabendo que a liberdade de crença é assegurada pela Constituição Federal. Assim como seria inconcebível a tipificação fundamentada na proibição pela proibição ou mesmo a utilização da lei penal como simples instrumento de obediência, sem que se visasse à proteção específica de algum bem jurídico cuja relevância merecesse a intervenção do Direito Penal.

Por isso, a criação de tipos penais deve ser pautada pela proibição de comportamentos que de alguma forma exponham a perigo ou lesionem valores concretos essenciais para o ser humano, estabelecidos na figura do bem jurídico. Note-se que, como lembra JUAREZ TAVARES:

“A referência a valores concretos não significa identificar o bem jurídico com o objeto material (objeto da ação). O bem jurídico pode ter tanto aspectos materiais quanto ideais, o que não desnatura seu conteúdo concreto. Ao legislador impõe-se que tenha sempre em mente esse caráter concreto, como critério vinculante da seleção de crimes, isto porque a identificação do bem jurídico só se torna possível quando conferido na relação social em que se manifesta. Aí é que entra o conceito moderno de bem jurídico, como delimitação à tarefa de identificação dos dados reais que o compõem, como fato natural, bem como orientação para a sua criação pelo Direito. O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social”⁶.

5. Importa notar que, com o passar dos tempos, os bens jurídicos tutelados pelo nosso ordenamento têm adquirido novos contornos. Antes, a proteção recaía predominantemente sobre bens precisos, específicos, materiais, como o patrimônio, vida, integridade física, etc. Atualmente, a tutela penal tem se dado sobre o meio ambiente, a ordem econômica, as relações de consumo, dentre outros. Este fenômeno tem sido denominado **espiritualização, desmaterialização ou dinamização do bem jurídico**, já que a proteção jurídico-penal passa a incidir sobre bens coletivos, difusos e não mais aqueles titularizados por um indivíduo especificamente. Como bem anota Andreas Elisele, Independentemente da ideologia que orienta cada postura política, o fato é que o modelo de Direito Penal é determinado pelo modelo de Estado. Portanto, se no âmbito constitucional nosso Estado atribui relevância a interesses coletivos, transindividuais e difusos (como é o caso do meio ambiente, das relações de consumo, da economia etc.), e reconhecido o significado social e as repercussões práticas das atuações das pessoas jurídicas, parece natural uma tendência à elaboração de um Direito Penal com um conteúdo coerente com tais aspectos (ob. cit. p. 56).
6. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*. RT. vol. 3. p. 711/728. Out/2010.

2.1.2. Princípio da intervenção mínima

O Direito Penal só deve ser aplicado quando **estritamente necessário**, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter *subsidiário*), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter *fragmentário*)⁷.

O Direito, independentemente do ramo em que se considere, tem a função precípua de garantir a manutenção da paz social, solucionando ou evitando conflitos de forma a permitir a regular convivência em sociedade. Por isso, normas, por exemplo, de Direito Civil determinam que, uma vez praticado um ato ilícito, faz-se necessária a reparação, e, por sua vez, o Direito Processual Civil prevê mecanismos aptos a compelir o autor de tal ato a remediar o dano causado.

No entanto, há casos em que somente o Direito Penal é capaz de evitar a ocorrência de atos ilícitos ou de puni-los à altura da lesão ou do perigo a que submeteram determinado bem jurídico, dotado de relevância para a manutenção da convivência social pacífica.

É a partir daí que se verifica a importância do princípio da intervenção mínima (destinado especialmente ao legislador), segundo o qual o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário (*ultima ratio*), mantendo-se subsidiário. Deve servir como a derradeira trincheira no combate aos comportamentos indesejados, aplicando-se de forma subsidiária e racional à preservação daqueles bens de maior significação e relevo.

De acordo com Andreas Eisele, a subsidiariedade se relaciona com o aspecto qualitativo do controle social; a fragmentariedade, com o aspecto quantitativo:

“No aspecto quantitativo, a incidência do controle deve ser limitada a apenas uma parcela (e não abranger a totalidade) dos fatos ilícitos, motivo pelo qual o conteúdo normativo do Direito Penal possui caráter fragmentário, eis que abrange somente alguns fatos,

7. O princípio da intervenção mínima tem sido invocado no debate sobre o alcance das disposições relativas à lavagem de dinheiro, especialmente após a alteração da Lei nº 9.613/98. Sabe-se que, em sua redação original, o art. 1º da referida Lei trazia um rol de crimes, em geral graves, que poderiam ser considerados antecedentes à lavagem. Uma vez em vigor a Lei nº 12.683/12, aboliu-se o rol antecedente, razão por que qualquer infração penal da qual resultem bens, direitos ou valores passíveis de ocultação ou de dissimulação pode caracterizar a conduta pressuposta. É nesta circunstância que a intervenção mínima ganha destaque, pois há apontamentos no sentido de que deve ser observada a carga de gravidade da infração penal anterior para que eventualmente se legitime a punição do branqueamento de recursos dela advindos. Dessa forma, se o ato de converter em ativo lícito o produto de rendosa atividade de “jogo do bicho” pode atrair a incidência da lei penal de lavagem, o mesmo não poderia ser dito a respeito de conduta semelhante relativa ao produto pouco vultoso de um bingo promovido isoladamente. Sobre o assunto, pontua Luiz Flávio Gomes: “Não é qualquer ofensa que constitui o delito de lavagem de dinheiro. Os órgãos encarregados da investigação e processamento da lavagem de dinheiro não podem bagatelarizar a lei, admitindo sua incidência em qualquer caso. Da lei não constou nenhum critério objetivo para definir o que é relevante e o que não é. Como linha de princípio, pensamos que o mesmo critério reinante do princípio da insignificância e vigente para os crimes tributários deve valer para a lavagem” (Disponível em <http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-lfg/pela-nao-bagatelarizacao-da-lavagem-de-dinheiro-sujo/>).

dentre os classificados como ilícitos no ordenamento jurídico. Como o Direito Penal apenas abrange a parcela dos fatos ilícitos que são considerados de relevância social acentuada (mediante um critério de seleção política), muitos fatos ilícitos lhe são indiferentes, motivo pelo qual a intervenção penal possui como característica a excepcionalidade, devido a sua abrangência parcial e casuística. Portanto, nem todo fato ilícito é, necessariamente, um ilícito penal, embora todo ilícito penal seja um fato ilícito.

No aspecto qualitativo, a excepcionalidade da incidência do controle deve ser orientada pela configuração de situações eticamente intoleráveis no contexto social, em relação às quais os outros instrumentos disponíveis ao Estado não sejam suficientemente eficazes para evitar a ocorrência dos fatos proibidos, ou implementar os comportamentos impostos. Ou seja, sua incidência deve ser subsidiária à implementação dos outros meios de controle estatal, pois a intervenção penal constitui a mais extrema medida de controle (*ultima ratio*) à disposição do Estado, eis que é materializada mediante o uso da força. Neste contexto, a necessidade é o referencial político fundamental à legitimidade da incidência do controle penal.

O Direito Penal não é o único instrumento que o Estado dispõe para exercer o controle social. Porém, é o meio interventivo mais violento à sua disposição, motivo pelo qual, antes da utilização deste recurso, devem ser implementados todos os outros meios de controle que a sociedade (representada ou não pelo Estado) dispõe, e apenas quando todos se mostrarem de eficácia insuficiente, o uso do Direito Penal se torna legítimo. Esta legitimidade decorre da necessidade da intervenção penal, motivo pelo qual a subsidiariedade é um princípio político limitador do âmbito do poder punitivo do Estado”.⁸

Na lição de **CEZAR ROBERTO BITENCOURT**, o princípio da intervenção mínima:

“também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penas”.⁹

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, seguindo a mesma linha, já enfatizava que:

“Desde logo se deve excluir do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na

8. Ob. cit., p. 58.

9. Ob. cit., p. 58.

ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa”¹⁰.

Como desdobramento lógico da fragmentariedade, temos o **princípio da insignificância**. Ainda que o legislador crie tipos incriminadores em observância aos princípios gerais do Direito Penal, poderá ocorrer situação em que a ofensa concretamente perpetrada seja diminuta, isto é, **incapaz** de atingir materialmente e de forma relevante e intolerável o bem jurídico protegido. Nesses casos, estaremos diante do que se denomina “**infração bagatelar**”, ou “**crime de bagatela**”, tema aprofundado no tópico seguinte.

2.1.2.1. *Princípio da insignificância (ou bagatela própria)*

Para análise adequada do princípio da insignificância, alguns apontamentos acerca da tipicidade penal merecem ser efetuados.

Primeiramente, deve-se ter em consideração que a doutrina tradicional entendia a tipicidade como sendo a mera subsunção da conduta empreendida pelo agente à norma abstratamente prevista. Essa adequação conduta-norma é denominada de “tipicidade formal”. A tendência atual, todavia, é a de conceituar a tipicidade penal pelo seu aspecto formal aliado à tipicidade conglobante.

A tipicidade conglobante, por sua vez, compreende dois aspectos: **(A)** se a conduta representa relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (tipicidade material) e **(B)** se a conduta é determinada ou fomentada pela lei (antinormatividade).

Assim, não basta a existência de previsão abstrata na qual se amolde perfeitamente a conduta em exame, sendo necessário, ainda, que essa conduta não seja determinada ou incentivada pelo nosso ordenamento, e que atente, de maneira relevante, contra o bem jurídico tutelado.

O princípio da insignificância tem lugar justamente neste primeiro aspecto da tipicidade conglobante, mais precisamente no campo da **tipicidade material**.¹¹

O legislador, ao tratar da incriminação de determinados fatos, ainda que norteado por preceitos que limitam a atuação do Direito Penal, não pode prever todas as situações

10. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2003, p. 05.

11. A tipicidade material não está relacionada apenas com o princípio da insignificância. Resumidamente, temos o seguinte: a) princípio da insignificância: é materialmente atípica a conduta que provoca uma lesão irrelevante ao bem jurídico; b) princípio da lesividade: é materialmente atípica a conduta que não provoca sequer ameaça de lesão ao bem jurídico; c) princípio da adequação social: é materialmente atípica a conduta socialmente adequada; d) princípio da alteridade: é materialmente atípica a conduta que não lesa bens jurídicos de terceiros; e) atos determinados por lei: é materialmente atípica a conduta considerada lícita pelo ordenamento jurídico.

Capítulo I

INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DO CRIME

Sumário • 1. Introdução; 2. Infração penal, crime, delito e contravenção penal; 3. Diferenças entre crime e contravenção penal; 3.1. Quanto à pena privativa de liberdade imposta; 3.2. Quanto à espécie de ação penal; 3.3. Quanto à admissibilidade da tentativa; 3.4. Quanto à extraterritorialidade da lei penal brasileira; 3.5. Quanto à competência para processar e julgar; 3.6. Quanto ao limite das penas; 3.7. Quanto ao período de prova do sursis; 3.8. Quanto ao cabimento de prisão preventiva e temporária; 3.9. Quanto à possibilidade confisco; 3.10. Quanto à ignorância ou à errada compreensão da lei; 4. Sujeitos do crime; 4.1. Sujeito ativo; 4.2. Vítima e Sujeito passivo; 4.2.1 Vítima 4.2.1.1 Classificações de vítimas; 4.2.1.2 Vitimização; 4.2.1.3. Vitimização primária, vitimização secundária e vitimização terciária; 4.2.2 Sujeito passivo; 5. Objetos (material e jurídico) do crime material; 6. Classificação doutrinária de crimes; 6.1. Crime material, formal e de mera conduta; 6.2. Crime comum, próprio e de mão própria; 6.3. Crime doloso, culposo e preterdoloso; 6.4. Crime instantâneo, permanente e instantâneo de efeitos permanentes; 6.5. Crime consumado e tentado; 6.6. Crime de dano e de perigo; 6.7. Crime simples, complexo, qualificado e privilegiado; 6.8. Crime plurissubjetivo e unissubjetivo; 6.9. Crime comissivo e omissivo; 6.10. Crime unissubsistente e plurissubsistente; 6.11. Crime habitual; 6.12. Outras classificações; 7. Substratos do crime.

1. INTRODUÇÃO

A teoria geral possibilita um eficiente método de trabalho visando a compreensão dos elementos necessários à configuração do crime, bem como dos pressupostos para imposição da sanção penal.

Trata-se do estudo dos contornos que devem estar presentes no fato jurídico (provinhos da vontade humana) para que possa concretizar, com justiça, o direito de o Estado punir seu autor (permitir que o fato seja punível). Como bem alertam **JUAN FERRÉ OLIVÉ**, **MIGUEL NUÑEZ PAZ**, **WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA** e **ALEXIS COUTO DE BRITO**:

“A dogmática penal deve possibilitar que se assegure com *certeza* e *garantias* que a um fato da vida real corresponda a uma pena ou uma medida de segurança. Os atores do fato criminoso (sujeito ativo e sujeito passivo), as instâncias chamadas a intervirem perante esse feito (polícia, promotores, juízes) e inclusive toda a comunidade como última destinatária das normas jurídicas devem ter a segurança de que a imposição de uma sanção penal responde a critérios científicos sérios, que não é resultado de uma atitude arbitrária ou caprichosa do intérprete. Justamente o Direito Penal, por ser o instrumento mais repressivo com que conta o Estado, requer um grau superior de sistematização, ou seja, de critérios lógicos para formular uma interpretação coerente, ordenada e fundamentalmente uniforme da Lei Penal. Por todos esses motivos a teoria do crime

aparece como um instrumento indispensável para a interpretação da Lei Penal, para conhecer seu conteúdo”¹.

2. INFRAÇÃO PENAL, CRIME, DELITO E CONTRAÇÃO PENAL

O conceito de infração penal varia conforme o enfoque.

Sob o **enfoque formal**, infração penal é aquilo que assim está rotulado em uma norma penal incriminadora, sob ameaça de pena.

Num **conceito material**, infração penal é comportamento humano causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, passível de sanção penal.

O **conceito analítico** leva em consideração os elementos estruturais que compõem a infração penal, que, segundo a orientação dominante, é um fato típico, ilícito e culpável.

No Brasil, **infração penal** é gênero, podendo ser dividida em crime (ou delito) e contravenção penal (ou crime anão, delito liliputiano ou crime vagabundo)². Adotou-se o sistema dualista ou binário. Essas espécies, no entanto, não guardam entre si distinções de natureza ontológica (do ser), mas apenas axiológica (de valor)³.

Conclui-se, com isto, que o rótulo de crime ou contravenção penal para determinado comportamento humano depende do valor que lhe é conferido pelo legislador: as condutas mais graves devem ser etiquetadas como crimes; as menos lesivas, como contravenções penais. Trata-se, portanto, de opção política que varia de acordo com o momento histórico-social em que vive o país, sujeito a mutações.

A título de exemplo, lembramos o leitor que o porte ilegal de arma de fogo, até o ano de 1997, configurava contravenção penal (artigo 19 da Lei de Contravenções Penais),

1. *Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.
2. O documento fundamental, no caso de crime, é o Código Penal, e em se tratando de contravenção penal, o Dec. Lei 3.688 de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Existem, contudo, leis extravagantes prevendo crimes ou contravenções penais, suprimindo as lacunas eventualmente apresentadas pelo CP e LCP.
3. É importante lembrar que o STJ, ao julgar se a condenação pela infração penal do art. 28 da Lei de Drogas (porte para uso próprio) servia ou não para reincidência, decidiu que não, nela enxergando um “minus” em relação à contravenção penal. Para a Corte Cidadã, o art. 28 da Lei de Drogas não é crime, nem contravenção. É menos que contravenção. Caso seja firmada essa tese também no STF, somos obrigados a rever a divisão de infração penal, pois não mais obedecerá a corrente dualista, mas um sistema tricotômico: crime, contravenção penal e infração penal “sui generis”. Essa posição hoje nascente no STJ foi defendida por Luiz Flávio Gomes desde a edição da Lei 11.343/06. Para a festejado jurista, a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente “crime”, mas não perdeu seu conteúdo de infração penal (de ilícito). A conduta descrita no art. 28 da Lei de Drogas continua sendo ilícita, mas cuida de uma ilicitude inteiramente peculiar. Houve descriminalização “formal”, ou seja, a infração já não pode ser considerada “crime” (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, também se pode afirmar que o art. 28 retrata mais uma hipótese de despenalização moderada. Descriminalização “formal” e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da Lei de Drogas (houve um processo misto).

infração de menor potencial ofensivo. No ano de 1997 foi elevado à categoria de crime e, em 2003, algumas figuras chegaram a ser rotuladas como inafiançáveis (Estatuto do Desarmamento). A Lei 13.964/19 tornou hediondas algumas modalidades do crime. A conduta de portar arma de fogo sem autorização não mudou, mas sim a visão do legislador sobre a gravidade do comportamento. O mesmo ocorre com a conduta de fornecer bebida alcoólica para criança ou adolescente. Entendia-se que esta conduta não estava inserida no art. 243 da Lei 8.069/90 (crime), mas, sim, no art. 63, inciso I, do Decreto-lei 3.688/41 (contravenção). A Lei 13.106/15 alterou o art. 243 para nele inserir expressamente a bebida alcoólica, e revogou a contravenção penal. A mesma conduta, que era mera contravenção, passou a ser crime. Mudança de valoração do legislador⁴.

4. De acordo com as lições de Mariano Paganini Lauria (Preconceito de Raça e de Cor, Leis Penais Especiais, Ed. Juspodivm), o primeiro diploma normativo antirracista pátrio foi a Lei 1.390, de 03 de julho de 1951, conhecida como Lei Afonso Arinos (autor do projeto), editada sob a égide da Constituição Federal de 1946, que “inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Fontes apontam como fato catalisador da elaboração da primeira lei penal antirracista do Brasil a indignação do então deputado federal mineiro Afonso Arinos de Mello Franco. O parlamentar mineiro, ao entrar em uma confeitaria no Rio de Janeiro acompanhado de seu chauffeur negro, teve este seu funcionário barrado em função de sua cor. A partir da “Lei Afonso Arinos”, o Brasil recebeu um marco legal que tipificava como infração penal – apesar de ter preferido a espécie contravenção, menos grave – a prática de discriminações com contornos raciais, o que inegavelmente representou um avanço legislativo. Interessante a justificativa apresentada ao projeto de lei pelo seu autor: “Por mais que se proclame a inexistência, entre nós, do preconceito de raça, a verdade é que ele existe, e com perigosa tendência a se ampliar. [...] Nada justifica, pois, que continuemos disfarçadamente a fechar os olhos à prática de atos injustos de discriminação racial que a ciência condena, a justiça repele, a Constituição proíbe, e que podem conduzir a monstrosidade como os “pogrooms” hitleristas ou a situações insolúveis como da grande massa negra norte-americana.” Assim, a Lei 1.390/51, no curso de seus nove artigos, disciplinou como contravenção penal, as seguintes condutas: negativa de atendimento em estabelecimento comercial ou de ensino (art. 1º); recusa de hospedagem em hotéis, pensões e congêneres (art. 2º); recusa de venda de mercadorias ou serviços em restaurantes, bares, confeitarias e locais assemelhados, desde que abertos ao público (art. 3º); negativa de atendimento em locais de diversões ou esporte, barbearias ou cabeleireiros (art. 4º); (...) recusa de inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso (art. 5º); óbice de acesso a cargos e empregos públicos ou nas forças armadas (art. 6º); negativa de trabalho em autarquias, concessionárias, empresas públicas e de economia mista, bem como empresas privadas. Além disso, o artigo 8º do aludido diploma normativo previa que, nos casos de reincidência, ocorridos em empresas e estabelecimentos particulares, o juiz poderia determinar a suspensão das atividades por prazo não superior a três meses. A Lei Afonso Arinos pecou pela casuística, limitando as condutas contravencionais a espaços determinados (como bares, restaurantes, hotéis, etc.) ou locais acessíveis ao público em geral, fazendo transparecer a ideia segundo a qual a discriminação é tolerada em espaços privados, fato que afetou irremediavelmente a sua aplicação. Apesar da baixíssima efetividade da Lei Afonso Arinos, por muitos anos acabou sendo ela o único instrumento legislativo disponível no ordenamento jurídico brasileiro a fim de coibir penalmente práticas racistas. Tal panorama só veio a ser alterado após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Mandado constitucional obrigou o legislador a etiquetar o racismo como crime. A Lei, obediente, veio no ano seguinte (Lei 7.716/89).

- ☒ **Quais as consequências ao se adotar (ou optar) pela etiqueta de crime ou contravenção penal para determinado comportamento humano indesejado pelo meio social?**

É o que veremos no tópico seguinte.

3. DIFERENÇAS ENTRE CRIME E CONTRAÇÃO PENAL

Apesar de ontologicamente idênticos (aplicando-se às contravenções as regras gerais do CP), *crime* e *contravenção* possuem algumas diferenças trazidas pela própria lei:

3.1. Quanto à pena privativa de liberdade imposta

Nos termos do que disposto no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal,

“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente” (art. 1º).

Percebam, portanto, que os crimes serão punidos com penas mais severas (reclusão ou detenção), enquanto as contravenções penais com penas menos severas (destacando-se a prisão simples, art. 6º da LCP, que não segue os rigores penitenciários daquelas).

Discute-se se os contraventores, condenados ao cumprimento de prisão simples, podem cumprir a pena em regime fechado. Para uma primeira corrente, o regime fechado poderia ser aplicado aos contraventores na hipótese de regressão de regime, nos moldes do art. 33, *caput*, *in fine*, do CP. Prevalece, contudo, posição contrária. THIAGO GANDRA⁵ bem explica que não se pode cumprir a pena de prisão simples em regime fechado, nem mesmo na hipótese de regressão, pois, “a LCP é expressa no sentido de que a prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário e o regime fechado é cumprido na penitenciária, segundo a LEP (art. 87); em segundo, porque a LCP também é expressa ao fixar que a prisão simples é cumprida em regime aberto ou semiaberto e, em terceiro, porque quando o legislador no art. 33 do CP, admitiu a regressão da pena de detenção ao regime fechado, o fez de forma expressa, sendo que o silêncio com relação à prisão simples é eloquente, ou seja, quer dizer que a vedação da regressão da prisão simples ao regime fechado foi uma opção do legislador, não cabendo ao intérprete ignorá-lo...”. Nessa linha de entendimento, o STF decidiu que não é possível o recolhimento do réu condenado pela prática de contravenção penal, para cumprimento da pena imposta, em cadeia pública, sabidamente em condições mais gravosas do que as reveladas pelo regime fechado mantido em penitenciárias. A pena de prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto”. (STF, HC69971/SP, relator: Min. Marco Aurélio, julgamento 02.03.1993, Segunda Turma).

5. *Lei das Contravenções Penais. Coleção Leis Especiais para Concursos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p.34.

3.2. Quanto à espécie de ação penal

As contravenções penais são todas perseguidas mediante ação penal pública incondicionada, por força do artigo 17 da Lei das Contravenções Penais (Dec. Lei 3.688/1941)⁶. Os crimes, por sua vez, serão, em regra, processados mediante ação penal pública incondicionada, sendo de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada quando a lei dispuser em sentido contrário.

3.3. Quanto à admissibilidade da tentativa

A tentativa de crime é punida nos termos do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal. Por sua vez, muito embora possa ocorrer, no mundo dos fatos, a tentativa de contravenção penal **não é punível**, consoante disposição do artigo 4º da Lei de Contravenções Penais.

3.4. Quanto à extraterritorialidade da lei penal brasileira

Como já estudado, presentes alguns requisitos, é possível a aplicação da lei brasileira a fato praticado fora do nosso território, nos termos do artigo 7º do Código Penal. Esta regra somente se aplica aos **crimes**, já que para as contravenções penais vige o artigo 2º da LCP, que determina que “*A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional*”.

3.5. Quanto à competência para processar e julgar

A competência é matéria disciplinada pela Constituição Federal. O processo e julgamento de crimes serão de competência da Justiça Federal sempre que incidirem uma das hipóteses do artigo 109 da Carta Magna, sendo residual a competência da Justiça Estadual. No que tange às contravenções penais, entretanto, a competência será sempre da Justiça Estadual, salvo na hipótese em que o contraventor seja detentor de foro por prerrogativa de função que obrigue julgamento perante tribunal federal ou nacional (TRF, STJ ou STF). Note-se, a respeito do foro por prerrogativa, que o STF restringiu sua aplicação às condutas cometidas no exercício do cargo e em razão dele (QO na AP 937), e, no âmbito das contravenções, há uma que pressupõe o exercício funcional pelo sujeito ativo: deixar de comunicar à autoridade competente crime de ação pública de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação (art. 66, I, do Decreto-lei 3.688/41).

6. Parte da doutrina passou a defender que a prática das vias de fato (art. 21 da LCP) seria hipótese de contravenção penal perseguida mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima. O fundamento seria o disposto no artigo 88 da Lei nº 9.099/95, que alterara a ação penal própria do crime de lesão corporal leve. Já que a lesão leve é conduta mais grave que aquela contravenção, argumentava-se que ambas deveriam ser processadas através de ação penal condicionada. Não obstante os reclames doutrinários, o STF não adotou a tese, compreendendo que a gravidade da conduta não é critério norteador para a aferição da ação penal respectiva, motivo pelo qual as vias de fato continuam sendo contravenção penal perseguida mediante ação incondicionada, inexistindo, até aqui, exceção ao artigo 17 da Lei de Contravenções Penais.

3.6. Quanto ao limite das penas

Nos termos do artigo 75 do Código Penal, o cumprimento da pena pelo cometimento de crime não excederá os 40 (quarenta) anos.⁷ A duração da pena de prisão simples, por sua vez, não poderá ser superior a 5 (cinco) anos, consoante o artigo 10 da LCP.

3.7. Quanto ao período de prova do *sursis*

O *sursis* é benefício previsto no artigo 77 do CP que significa a suspensão da execução da pena por prazo determinado, prazo este denominado de **período de prova**.

O período de prova para a suspensão da pena decorrente da prática de crime é de 2 (dois) a 4 (quatro) anos (excepcionalmente, de 4 a 6 anos), enquanto a Lei de Contravenções Penais fixa o prazo de 1 (um) a 3 (três) anos de suspensão da pena de prisão simples.

3.8. Quanto ao cabimento de prisão preventiva e temporária

A prisão preventiva não pode ser imposta pela prática de contravenção penal por interpretação do artigo 313 do Código de Processo Penal. Esta medida cautelar restringe-se à prática de crime.

A prisão temporária, por sua vez, somente pode ser aplicada às infrações penais listadas em rol taxativo previsto no artigo 1º, III, da Lei nº 7.960/89, rol no qual não se incluiu qualquer contravenção penal.

Aliás, no que se refere a essa modalidade de prisão (temporária), o plenário do STF julgou duas ações (ADIs 3.360 e 4.109) que tratavam da validade constitucional da Lei 7.960/89. Ficou decidido que a prisão é constitucional, mas somente se justifica quando, cumulativamente:

- 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I);
- 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo;
- 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, §2º, CPP);
- 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP);
- 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, §6º, CPP).

7. O limite, que antes era de trinta anos, foi ampliado pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime). Considerando que se trata de norma que torna mais rígido o cumprimento da pena, é irretroativa, aplicando-se apenas aos crimes cometidos após sua entrada em vigor.

3.9. Quanto à possibilidade de confisco

Somente é possível o confisco de bens que configurem produto do **crime**, excluída a possibilidade deste efeito penal da sentença condenatória em relação às contravenções penais.

3.10. Quanto à ignorância ou à errada compreensão da lei

Nas contravenções penais, a ignorância ou a errada compreensão da lei, quando escusáveis, podem fazer com que a lei deixe de ser aplicada (art. 8º do Decreto-lei nº 3.688/41). Tratando-se de crime, por outro lado, o desconhecimento da lei é inescusável; serve no máximo como atenuante de pena (arts. 21 e 65, inciso II, do Código Penal).

Em resumo:

	Crime	Contravenção Penal
Tipo de pena privativa de liberdade	Reclusão/detenção e/ou multa	Prisão simples e/ou multa
Espécie de ação penal	Ação penal privada e ação penal pública (condicionada ou incondicionada)	Ação penal pública incondicionada
Punição da tentativa	Pune a tentativa	Não pune a tentativa
Regras da extraterritorialidade	Admite extraterritorialidade da lei penal	Não admite a extraterritorialidade da lei
Competência para processo e julgamento	Justiça Federal e Justiça Estadual	Justiça Estadual
Limite de cumprimento da pena	40 anos	5 anos
Período de prova do <i>sursis</i>	2 a 4 anos ou 4 a 6 anos	1 a 3 anos
Cabimento da prisão preventiva e temporária	Cabe nas hipóteses do artigo 313 do CPP e artigo 1º, III, da Lei nº 7.960/89	Não cabe
Possibilidade de confisco	Só instrumentos do crime podem ser confiscados	Não se admite confisco de instrumento de contravenções
Ignorância ou errada compreensão da lei	O desconhecimento da lei é inescusável; serve no máximo como atenuante de pena	A lei pode deixar de ser aplicada quando a ignorância ou a errada compreensão for escusável

Diante desse quadro, o legislador, quando pensa em criar uma infração penal, deve decidir se vai etiquetar o comportamento ilícito como crime ou contravenção penal. Na sua decisão, deve (ou deveria) considerar as diferenças acima. A sua opção pode gerar a punição (ou não) da tentativa; pode impedir (ou não) pena de reclusão ou detenção; repercute no tipo de ação penal e na extraterritorialidade da nossa lei; repercute, de forma direta, na possibilidade (ou não) de prisão provisória e confisco.

Feito esse alerta, vamos, em seguida, analisar os sujeitos, objetos e substratos da infração penal. Por questões de metodologia, o tema será abordado considerando apenas o crime, mas fica o leitor ciente de que as conclusões, no que couber, devem ser estendidas às contravenções penais.

4. SUJEITOS DO CRIME

4.1. Sujeito ativo

Sujeito ativo do crime é a pessoa que pratica a infração penal. Qualquer pessoa física capaz de discernimento e autodeterminação, com 18 (dezoito) anos completos pode ser sujeito ativo de crime.

☒ Pessoa jurídica pode figurar como sujeito ativo de crime?

A CF/88, no art. 225, § 3º, anuncia:

*“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou **jurídicas**, a **sanções penais e administrativas**, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”* (grifos aditados).

Seguindo o mandato constitucional de criminalização, nasceu a Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais). Reza seu art. 3º, *caput*: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e **penalmente** conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Tais normas, conjugadas, geraram indisfarçável controvérsia, havendo três correntes abordando o tema:

1ª corrente: a pessoa jurídica não pode praticar crimes (*societas delinquere non potest*), nem ser responsabilizada penalmente. A empresa é uma ficção jurídica, um ente virtual, desprovido de consciência e vontade. A intenção do Constituinte não foi, jamais, criar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. **JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI** esclarece:

“O texto do § 3º do art. 225, da CF apenas reafirma o que é de domínio público, ou seja, que as pessoas naturais estão sujeitas a sanções de natureza penal, e que as pessoas jurídicas estão sujeitas a sanções de natureza jurídica. O legislador constitucional, ao que tudo indica, em momento algum pretendeu, ao elaborar o texto da Lei Fundamental, quebrar a regra por ele próprio consagrada (art. 5º, XLV) de que a responsabilidade penal é, na sua essência, inerente só aos seres humanos, pois estes, como afirmamos antes, são os únicos dotados de consciência, vontade e capacidade de compreensão do fato e de ação (ou omissão) conforme ou desconforme ao direito”⁸.

Conclusão: a pessoa física pode ser responsabilizada administrativa, tributária, civil e penalmente; a pessoa jurídica, administrativa, tributária e civilmente (jamais penal, pois não pratica crime).

2ª corrente: apenas pessoa física pratica crime. Entretanto, nos crimes ambientais, havendo relação objetiva entre o autor do fato típico e ilícito e a empresa (infração

8. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p.135.

Capítulo I

CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PENA

Sumário • 1. Introdução; 2. Finalidades (ou funções) da pena; 2.1. Finalidade da pena no Brasil; 3. Justiça Restaurativa, Justiça Reparatória e Justiça Negociada; 4. Princípios informadores da pena; 5. Penas proibidas no Brasil; 6. Penas permitidas no Brasil.

1. INTRODUÇÃO

Pena é espécie sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade.

É sabido (e comprovado) que a convivência harmônica dos integrantes de uma sociedade depende do poder punitivo estatal. Trata-se, portanto, de uma forma de controle social irrenunciável.

Luiz Flávio Gomes e **Antonio García-Pablos de Molina** anunciam os fundamentos ou justificação da pena:

“1. Do ponto de vista político-estatal a pena se justifica porque sem ela o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo capaz de reagir com eficácia diante das infrações.

2. Desde a perspectiva psicossocial a pena é indispensável porque satisfaz o anseio de justiça da comunidade. Se o Estado renunciasse à pena, obrigando o prejudicado e a comunidade a aceitar as condutas criminosas passivamente, dar-se-ia inevitavelmente um retorno à pena privada e à autodefesa (vingança privada), próprias de etapas históricas já superadas.

3. No que se relaciona com o aspecto ético-individual, a pena se justifica porque permite ao próprio delinquente, como um ser ‘moral’, liberar-se (eventualmente) de algum sentimento de culpa.”¹.

1. Ob. cit., vol. 2, p. 459.

2. FINALIDADES (OU FUNÇÕES) DA PENA

Para a Escola Clássica (Francesco **Carrara**), a pena surge como forma de prevenção de novos crimes, defesa da sociedade: “*punitur ne peccetur*”. É necessidade ética, reequilíbrio do sistema: *punitur quia peccatum est*.

Já para os seguidores da Escola Positiva (**Cesare Lombroso**), a pena funda-se na defesa social; objetiva a prevenção de crimes; deve ser indeterminada, adequando-se ao criminoso para corrigi-lo. **Rafael Garofalo**, por exemplo, vê a pena como forma de eliminar o criminoso grave, defendendo até a pena de morte.

A Terza Scuola Italiana (**Emanuele Carnevale**), por sua vez, ampara-se em conceitos clássicos e positivistas.

Na Escola Penal Humanista (**Vicenzo Lanza**), a pena é forma de educar o culpado. Pena é educação.

Para a Escola Técnico-jurídica (**Vincenzo Manzini**), a pena surge como meio de defesa contra a perigosidade do agente; tem por objetivo castigar o delinquente.

De acordo com os adeptos da Escola Moderna Alemã (**Franz Von Lizst**), cuida-se de instrumento de ordem e segurança social; função preventiva geral negativa (coação psicológica).

A Escola Correcionalista (**Karl David August Röeder**) entendia a pena como correção da vontade do criminoso e não a retribuição a um mal, motivo pelo qual pode ser indeterminada.

Para os seguidores da Escola da Nova Defesa Social (**Filippo Gramatica**), a pena é uma reação da sociedade com objetivo de proteção do cidadão.

Em suma, desde a Idade Média a finalidade da pena é objeto de intenso debate.

Para os **absolutistas**, a imposição da pena é uma decorrência lógica da delinquência, visando apenas a retribuir o mal causado.

Já para os **utilitaristas**, a pena atua como um instrumento de prevenção, um meio para alcançar determinadas finalidades. De acordo com a **prevenção geral negativa**, a pena deve coagir psicologicamente a coletividade, intimidando-a. Na perspectiva da **prevenção geral positiva**, o objetivo da pena é demonstrar a vigência da lei (existência, validade e eficácia). A intenção, aqui, não é intimidar, mas estimular a confiança da coletividade na higidez e poder do Estado de execução do ordenamento jurídico. Já na ótica da prevenção especial, a pena é direcionada à pessoa do condenado. Sob o enfoque da **prevenção especial negativa**, a pena deve servir para inibir a reincidência, não se confundindo com a **prevenção especial positiva**, onde a preocupação é a ressocialização do delinquente. Somente a recuperação do condenado faz da pena um instituto legítimo. Ademais, a própria sociedade se beneficia desta espécie de prevenção, já que, ao retornar para o convívio, o indivíduo estará mais bem preparado para respeitar as regras impostas pelo Direito.

Por fim, temos os **eccléticos**, responsáveis pela reunião das teorias absolutas e preventivas. Entendem que não é possível dissociar uma e outra finalidade da pena, porque a imposição da sanção penal é sempre um castigo e um meio para prevenir (prevenção geral e especial).

2.1. Finalidade da pena no Brasil

O Código Penal não se pronunciou sobre qual teoria adotou, mas modernamente entende-se que a pena tem **tríplice finalidade** (polifuncional):

(A) retributiva;

(B) preventiva;

(C) reeducativa, cada uma dessas identificada em um momento próprio, específico.

Quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal (**pena em abstrato**), revela-se o seu caráter preventivo geral. Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena, afirma-se a validade da norma desafiada pela prática criminosa (prevenção geral positiva²⁻³), buscando inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa).

2. Há quem sustente que a prevenção geral positiva seja a primordial função da pena: “A pena, no que se expôs até agora e, ao contrário daqueles que defendem uma função intimidatória, não se dirige principalmente a coagir os potenciais autores de futuras infrações, mas tem por destinatários todos os integrantes da sociedade, como potenciais vítimas delas, para que se assegure a todos sobre a vigência da norma infringida. Assim, apesar da infração realizada, serve para demonstrar que a sociedade se mantém firme na vigência de suas normas essenciais e se nega a conceber-se a si mesma de outra maneira. Num pensamento similar, Carrara já defendia esta ideia quando afirmava que a pena não se dirigia propriamente ao delinquente, tampouco a que se fizesse Justiça. Para Carrara o fim da pena não está dirigido à realização da Justiça, vingança, ressarcimento do dano, expiação do delito ou a própria correção do infrator, pois todas estas coisas podem ser consequências acessórias da pena e também podem ser até desejadas, mas a pena seria também incriticável ainda que faltassem todos esses resultados. É que o fim primário da pena seria o “restabelecimento da ordem externa da sociedade”.

Todas essas considerações são corretas na medida em que se verifique que o dano causado com a realização do delito, de fato, não pode ser reparado. O mais clássico exemplo é o caso do homicídio, não há qualquer reparação que se faça com a aplicação da pena neste tipo de crime. Portanto, o que se deve reforçar é que matar é incorreto, e quem assim agiu marcou sua pauta (comportamento) em desconformidade com a norma. Não é a sociedade que deve reorganizar-se, mas o autor que agiu de forma incorreta. Mas isso não significa que a pena deve atuar sobre o culpado, ao contrário, a pena está destinada a atuar mais sobre os outros do que sobre aquele, no sentido de tranquilizá-los tanto a respeito do próprio delinquente como a respeito de seus temidos imitadores” (CALLEGARI, André Luís. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal. A função da pena numa dogmática jurídico-penal normativista*. RT. vol. 4. p. 131/137. Out / 2010).

3. À luz do funcionalismo penal, a prevenção geral positiva pode ser encarada de duas maneiras, a depender da vertente funcionalista em que se baseie a análise. Para o funcionalismo teleológico, que, vimos na teoria da conduta, tem como expoente Claus Roxin e estabelece como função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, a prevenção geral positiva tem função relativa – ou seja, não isolada – consistente na reafirmação da confiança, pela sociedade, na eficácia do ordenamento jurídico. Já para o funcionalismo sistêmico, ligado a Günther Jakobs, que vê no Direito Penal a missão de assegurar a vigência do sistema, a prevenção geral positiva tem função absoluta – ou seja, única – consistente apenas na garantia de validade da norma, que teria sua eficácia abalada se, diante da violação, não houvesse resposta. Enquanto o primeiro conceito, seguindo a linha teórica do funcionalismo teleológico, enxerga na prevenção geral positiva uma forma de reforçar a confiança no sistema legal de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais, o segundo, com a carga

Praticado o crime, no momento da sentença (**aplicação da pena**), o Magistrado deve observar outras duas finalidades: a retributiva e a preventiva especial.

Como bem alerta **Paulo Queiroz**, nesta fase [sentença] não se tem a pretensão de fazer da decisão um exemplo para outros possíveis infratores, em nome da prevenção geral de futuros delitos (positiva ou negativa), sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Recorrer à prevenção geral na fase de individualização da pena seria tomar o sentenciado como puro instrumento a serviço de outros⁴.

Por fim, na etapa da **execução penal** concretiza-se a retribuição e prevenção especial (disposições da sentença), ganhando relevo a prevenção especial positiva (ressocialização).

O caráter reeducativo (ou educativo) assume importância máxima. A própria Lei de Execução Penal, no seu artigo 1º, dispõe:

“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Em síntese:

Momento	Finalidades Da Aplicação Da Pena	
PENA EM ABSTRATO (pena cominada)	PREVENÇÃO GERAL	Visa a sociedade e atua antes da prática do delito.
PENA EM CONCRETO (pena aplicada)	PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA	Visa o delinquente, buscando evitar a reincidência.
	RETRIBUIÇÃO	Visa retribuir com o mal o mal causado.
PENA NA EXECUÇÃO (pena executada)	EFETIVAR AS DISPOSIÇÕES DA SENTENÇA	Visa o delinquente, objetivando ressocializá-lo.
	PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA	

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA, JUSTIÇA REPARATÓRIA E JUSTIÇA NEGOCIADA

São, basicamente, três os modelos de resposta ao cometimento de um crime⁵, dois dos quais já tratados no tópico anterior:

teórica do funcionalismo sistêmico, veicula a finalidade de estabilizar a ordem normativa por meio da confiança no direito.

4. Ob. cit., p. 311.

5. GOMES, Luiz Flávio. Justiça conciliatória, restaurativa e negociada. Disponível em <http://caetanoarau.dominiotemporario.com/doc/Download9.pdf>.

a) Dissuasório clássico: inspirado pela ideia de retribuição, consiste na simples imposição de pena, medida suficiente para retribuir o mal causado pela prática criminosa e para evitar o cometimento de novos delitos;

b) Ressocializador: tem a finalidade de reintegrar o delinquente à sociedade (prevenção especial positiva);

c) Consensuado: tem o propósito de trazer à Justiça criminal modelos de acordo e conciliação que visem à reparação de danos e à satisfação das expectativas sociais por justiça. Pode ser dividido em (1) modelo pacificador ou restaurativo, voltado à solução do conflito entre o autor do crime e a vítima (reparação de danos) e (2) modelo de justiça negociada, em que o agente, admitindo a culpa, negocia com o órgão acusador detalhes como a quantidade da pena, a forma de cumprimento, a perda de bens e também a reparação de danos.

Vê-se, especialmente pela introdução do modelo de Justiça consensual, que a resposta para o crime tem sofrido o influxo de novas ideias, voltadas para uma solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva (reparadora).

Nesse contexto, têm adquirido importância no cenário jurídico-penal as **Justiças Restaurativa, Reparatória e Negociada**.

A primeira, baseada num procedimento de consenso envolvendo os personagens da infração penal (autor, vítima e, em alguns casos, a própria comunidade), sustenta que a solução do crime passa pela restauração, ou seja, pela reaproximação das partes envolvidas para que seja restabelecido o cenário anterior (de paz e higidez das relações sociais). Representa um rompimento com a tradicional “usurpação”, pelo Estado, da relação vítima-infrator, possibilitando o surgimento de uma nova perspectiva que quebra a dualidade da função da pena, até então restrita à retribuição e à prevenção, incluindo a restauração como nova possibilidade⁶. Segundo Eduardo Bolsoni Riboli,

“[A justiça restaurativa] busca afastar a tradição penal de monopólio estatal do processo de solução do conflito e devolver à vítima, ao ofensor e aos membros da comunidade o poder de participação direta e concreta na busca pela solução que julgam ser a mais justa para dirimir o conflito, através da criação de sistemas dialogais de abordagem da situação-problema. [...] é caracterizada pelo empoderamento das partes diretamente afetadas pelo conflito e pela

6. Temos aqui a denominada “terceira via do direito penal”, definida por Claus Roxin como a aquela em que se privilegia a reparação do dano, paralelamente às demais vias, consistentes na pena e na medida de segurança. Tem caráter autônomo, pois, uma vez aplicada, deve servir para alcançar as finalidades das sanções penais, e, na medida em que as alcance, deve substituí-las. Há, no caso, uma simbiose entre elementos do direito civil (reparação em si) e do direito penal (esforço e interesse do agente criminoso na atenuação dos efeitos de sua conduta, o que representa o alcance das finalidades de ressocialização e de prevenção especial). O que fundamenta a reparação dos danos como terceira via é sobretudo a subsidiariedade, ou seja, o Estado renuncia à aplicação da sanção penal porque as finalidades e a necessidade da pena foram cumpridas por meio de uma conduta positiva alternativa e mais eficaz.

atenção às necessidades da vítima, à reintegração do ofensor e ao fortalecimento dos valores comunitários através de práticas que visem fazer justiça mediante a restauração do dano provocado por um crime. Tem como uma de suas finalidades romper os paradigmas tradicionais de fundamentação da punição e ampliar os espaços de diálogo, integração e regulação social.”⁷

A justiça restaurativa se afasta tanto da retribuição – concentrada na conduta criminal e na culpabilidade de seu autor – quanto da reabilitação – direcionada à recuperação do criminoso. No campo da restauração, a pena é um recurso secundário ao qual se sobrepõe um processo que reúne a vítima, o autor do crime e a comunidade (representada por um mediador) para que se busque, tanto quanto possível, que os próprios envolvidos determinem as formas de reparação de danos e de prevenção de futuros crimes por meio da reintegração dessas pessoas a uma comunidade em que a lei é respeitada. De acordo com Sandrine Lefranc, o modelo de justiça restaurativa se baseia em quatro princípios: 1) o crime é uma violação de pessoas, não de leis; 2) deve-se buscar que as pessoas se conscientizem sobre o mal provocado para que se tornem possíveis a reparação e a elaboração de mecanismos que previnam novos crimes; 3) a reparação e a prevenção devem ser determinadas pelos próprios envolvidos, por meio de um processo informal e consensual; 4) o processo de restauração pressupõe esforços para aperfeiçoar a relação entre a vítima e o autor do crime, que dessa forma se reintegra à comunidade submissa à lei.⁸

A forma mais comum de promover a justiça restaurativa é a mediação, que envolve, na maior parte das vezes, um processo formal no qual um terceiro desinteressado atua para facilitar o entendimento entre as partes, que, em condições favoráveis, podem ter seus pontos de vista confrontados e, na medida do possível, harmonizados para que se alcance a melhor solução. Apesar de a mediação trazer consigo um caráter refratário à judicialização, nada impede que ocorra na esfera de competência do próprio sistema de justiça criminal e seja implementada pelos membros do sistema ou por delegação, conforme determinarem as regras.⁹

As iniciativas de justiça restaurativa não impedem, como princípio, o exercício da ação penal, razão por que não se limitam a crimes de menor gravidade. Por isso mesmo, também não é um pressuposto que a mediação ocorra antes de iniciada a ação penal,

7. RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Um “tribunal orientado para a vítima”: o minimalismo de Nils Christie e as suas contribuições à justiça restaurativa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 253-298, jan./abr. 2019, p. 275-278.
8. LEFRANC, Sandrine. Le mouvement pour la justice restauratrice: “an idea whose time has come”. *Droit et Société*, 63, p. 393-410, 2006, p. 394.
9. No Projeto de Lei nº 7.006/06 da Câmara dos Deputados, que propõe alterações nos Códigos Penal e de Processo Penal, bem como na Lei nº 9.099/95 para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, estabelece-se que, presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar documentos oriundos do procedimento criminal ao núcleo de justiça restaurativa, “composto por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada” (art. 6º).

afinal, se o propósito é que a situação das partes seja restaurada às condições prévias ao crime, a existência do processo criminal – que tem outras finalidades – não pode ser um óbice. Mas tudo depende das disposições de cada ordenamento jurídico.

As medidas restaurativas não se resumem à indenização por danos materiais ou morais provocados pelo crime. A simples reparação financeira se limita a conferir um valor ao sofrimento decorrente da conduta criminosa, mas não traz consigo outros arranjos que busquem de fato solucionar o problema. A restauração pressupõe a implementação de medidas consensuais de efetiva resolução do conflito.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 225/2016 para disciplinar a justiça restaurativa, que tem como princípios: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade (art. 2º).

A forma como a justiça restaurativa é estruturada pelo CNJ não exclui o processo criminal, que lhe pode ser alternativo ou paralelo, tanto que o art. 2º, § 1º ressalta expressamente que a necessária admissão de que os fatos essenciais são verdadeiros não implica admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

Embora, como já destacamos, a justiça restaurativa seja possível também em crimes de maior gravidade, no Brasil a mediação acaba se restringindo aos crimes de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada a representação do ofendido, casos em que as composições entre o autor do crime e a vítima levam à renúncia do direito de queixa ou de representação, ou à retratação da representação já oferecida.

Já a Justiça Reparatória se faz por meio da conciliação promovida pelos órgãos integrantes do sistema criminal, como ocorre na transação penal, na suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95) e nos termos de ajustamento de conduta para a reparação dos danos ambientais nas infrações da Lei nº 9.605/98. A Lei nº 11.719/08 (que alterou o CPP) confirma essa tendência a partir do momento em que permite ao juiz, na sentença condenatória, fixar valor mínimo indenizatório à vítima.

Por fim, na Justiça Negociada, proveniente sobretudo do direito americano, o agente e o órgão acusador acordam acerca das consequências da prática criminosa, o que, evidentemente, pressupõe a admissão de culpa. Trata-se do denominado “plea bargaining”, que pode consistir na negociação sobre a imputação (“charge bargaining”), sobre a pena e todas as consequências do delito, como o perdimento de bens e a reparação de danos (“sentence bargaining”), ou sobre ambas. Ainda não se identifica esta liberdade de acusação no sistema jurídico brasileiro, em que o órgão do Ministério Público tem atuação vinculada ao conjunto probatório proveniente da investigação, ou seja, a imputação deve ser estritamente relativa ao crime demonstrado. Além disso, a pena é aplicada por decisão exclusiva do juiz, sem possibilidade de influência direta do órgão acusador¹⁰. Isso não

10. Mas há projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional para disciplinar o *plea bargaining* no Brasil.

significa que nosso ordenamento não admite a justiça negociada, ainda que num menor grau. Temos, por exemplo, a justiça negociada no instituto do acordo de colaboração premiada (arts. 3-A e ss da Lei 12.850/13) e, mais recentemente, no acordo de não persecução penal (art. 28-A CPP). Vamos aprofundar este último.

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi criado, de forma pioneira e corajosa, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, mais precisamente através da Res. 181/17, depois alterada pela Res. 183/18, cujos contornos, em grande parte, foram repetidos no art. 28-A do CPP.

Tomado pelo espírito de justiça consensual, o acordo de não persecução penal é um ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz¹¹⁻¹², no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

É evidente que os instrumentos negociais, há tempos presentes no processo cível, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes político-econômicos, porque abreviam o tempo para a solução do conflito e atendem um prático cálculo de utilidade social. O consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral.

O processo penal carecia de um instrumento como o ANPP. Inegavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento.

São pressupostos cumulativos do acordo, todos previstos, mesmo que implicitamente, no *caput* do art. 28-A do CPP:

a) existência de procedimento investigatório. A segurança de que existe um procedimento formalizado é importante para os atores do sistema criminal, evitando abusos do Estado e ao mesmo tempo permitindo a transparência na negociação. Seja inquérito policial, seja procedimento investigatório presidido pelo órgão de execução do Ministério Público, deve existir procedimento oficial devidamente instaurado para nele as partes ajustarem as condições adequadas e necessárias para o ANPP.

11. O legislador empregou o vocábulo “juiz” em sentido amplo, que abrange o relator da persecução penal de competência originária de um tribunal. Aliás, de forma a espantar qualquer dúvida, a Lei 13.964/19 alterou a Lei 8.038/90 (que disciplina os processos perante o STJ e o STF), para acrescentar em seu art. 1º um novo parágrafo prevendo expressamente o ANPP nos crimes praticados por autoridades com foro por prerrogativa de função.

12. A decisão que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal é atacada mediante recurso em sentido estrito (art. 581, inc. XXV, CPP).