

FERNANDO ABREU

DIREITO PENAL

PARA CONCURSOS

Parte Geral voltada para todas
as etapas do concurso

3ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2023



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

1

Noções básicas

1.1. COMO O ASSUNTO É ABORDADO EM PROVAS E CONCURSOS

Os temas abordados no presente capítulo não são cobrados com frequência em provas de múltipla escolha em questões diretas e integrais. Normalmente constituem assertivas dentro de questões amplas e gerais. Os assuntos, contudo, precisam ser estudados pelos candidatos, porquanto são amplamente utilizados para fundamentar questões discursivas e respostas em provas orais.

As características do Direito Penal não costumam ser objeto de cobrança em primeira etapa, pois são poucas as questões que demandam o conhecimento do tema. Contudo, trata-se de tema de extrema relevância para as provas escritas e orais, vez que frequentemente são exigidos de forma indireta para fundamentar as respostas.

Dentre as características do Direito Penal, prepondera a cobrança em provas sobre o caráter fragmentário e subsidiário, exigindo o conhecimento da conceituação.

As funções do Direito Penal, assim como as características, não costumam ser objeto de cobrança em primeira etapa, pois são poucas as questões que demandam o conhecimento do tema. Contudo, trata-se de tema de extrema relevância para as provas escritas e orais, vez que frequentemente são exigidos de forma indireta para fundamentar as respostas.

Prepondera a cobrança da função simbólica do Direito Penal e da função do Direito Penal como proteção de bens jurídicos, que serão analisadas com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

As divisões do Direito Penal são pouco cobradas nos concursos em geral. Das poucas questões verificadas, exige-se o conhecimento da diferenciação em Direito Penal objetivo e subjetivo e, notadamente, a compreensão da diferenciação entre Direito Penal do fato e do autor, importantes para provas escritas e orais, bem como o conhecimento do Direito Penal de emergência.

O tema bem jurídico penal é amplamente cobrado nos concursos em geral e demanda do candidato um grau de aprofundamento maior em doutrina. Não se verifica demasiada abordagem direta em provas de múltipla escolha, mas invariavelmente se exige o conhecimento do tema, especialmente nas questões que abordam os princípios do Direito Penal. O assunto é amplamente cobrado em provas discursivas e orais, de forma que seu conhecimento é crucial para aprovação.

1.2. CONCEITO DE DIREITO PENAL

O Direito Penal, segundo PUIG¹ (2010, p. 42-43), caracteriza-se por ser um conjunto de valorações e princípios que orientam a aplicação e interpretação das normas penais, concebidas como aquelas que reúnem como objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança. Trata-se, portanto, de acordo com ZAFFARONI² (1991, p. 41), de um conjunto de leis penais e do sistema de interpretação dessas leis, o saber penal.

Em síntese, o Direito Penal é o ramo do Direito que regula as condutas humanas hábeis a provocar distúrbios sociais em razão da quebra das expectativas normativas, não impedidas pelos demais ramos do Direito, e visa tutelar, precipuamente, a norma jurídico-penal, tendo por consequência a proteção dos bens jurídicos penais.

1.3. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL

De acordo com a doutrina majoritária, o Direito Penal é um objeto cultural, normativo, valorativo, sancionador, fragmentário, subsidiário e garantista.

É um objeto cultural, pois pertence à classe das ciências do “dever ser”, cuja análise valorativa é realizada num recorte temporal-geográfico histórico.

É normativo, porque formado por um conjunto princípios e regras definidoras das infrações de natureza penal e suas consequências jurídicas.

1. MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2010.

2. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Derecho Penal**, 6ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

É valorativo, porquanto suas normas implicam na valoração negativa ou positiva de uma conduta, conduzindo à sua criminalização ou a imposição de um dever para evitar a realização de um resultado.

Possui também o caráter finalista, pois tem por escopo tutelar a norma jurídico-penal e, por consequência, os bens jurídicos fundamentais, evidenciando sua finalidade preventiva. Segundo BITENCOURT³ (2012, p. 60), antes de punir o infrator da ordem jurídico-penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do crime.

É predominantemente sancionador e excepcionalmente constitutivo⁴, consoante nos ensina ZAFFARONI⁵ (1991, p. 57), pois a antinormatividade (contrariedade ao Direito) é una e não somente contrária ao Direito Penal. Assim, o Direito Penal, em regra sancionador, não cria bens jurídicos, pois apenas reforça a tutela existente nos demais ramos do Direito. Excepcionalmente, contudo, pode ser constitutivo, ao tutelar bens jurídicos não protegidos por outros setores do Direito.

Possui ainda o caráter fragmentário, no sentido de que representa a ultima ratio para tutela dos bens jurídicos, porque não atinge todos os fatos ilícitos, mas somente aqueles erigidos pelo legislador como absolutamente essenciais ao convívio social e, em razão disso, merecedores da tutela do Direito Penal.

É também subsidiário, porquanto a intervenção do Direito Penal somente se justificará quando os demais ramos do Direito falharem na tutela dos bens jurídicos.

Por fim, é garantista, porque seu arcabouço normativo, estabelecedor de condições para seu exercício, resta por constituir um sistema de garantias para o indivíduo, impedindo a atuação do poder punitivo estatal de forma indiscriminada.

1.4. FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Registra-se, doutrinariamente, diversas funções para o Direito Penal, mormente associadas ao controle social e instrumento para convivência harmônica em sociedade. Vejamos as mais consolidadas.

3. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
4. Questão cobrada no concurso do MPMG, ano 2018. Assertiva considerada correta: “Entre outras características, o Direito Penal tem natureza constitutiva e sancionatória”.
5. ZAFFARONI. op. cit.

1.4.1. Direito Penal como proteção de bens jurídicos

Segundo BIANCHINI⁶ (2002, p. 28-29), o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos).

Dentre o vasto número de bens existentes, somente os essenciais a uma determinada coletividade receberão proteção pela via do Direito Penal, pois se apresentam como bens jurídico-penais fundamentais ao convívio social, evidenciando a subsidiariedade do Direito Penal e seu caráter fragmentário.

1.4.2. Direito Penal como instrumento de controle social

O Direito Penal deve servir como instrumento de controle social ao contribuir para a preservação da paz pública, funcionando como importante meio de inibição de condutas contrárias às normas jurídico-penais.

1.4.3. Direito Penal como garantia

O Direito Penal, ao prever condutas proibidas, igualmente demonstra sua função de garantia para o indivíduo, pois esse somente poderá ser punido na hipótese de praticar alguma conduta prévia e formalmente proibida pelo Direito Penal.

De igual forma, há diversos institutos no Direito Penal que exercem o papel de garantia, como a prescrição, que salvaguarda o indivíduo de punições desproporcionais em razão do decurso do tempo.

1.4.4. Função ético-social (função criadora ou configuradora dos costumes)

O Direito Penal, ao prever condutas tidas como criminosas, acaba por desempenhar uma função educativa e um efeito moralizador, visando a construção de um mínimo ético.

6. BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Por estar a sociedade em constante mutação, é inegável que o Direito Penal reúne condições de modificar comportamentos sociais até então preponderantes e concebidos como não ofensivos.

A legislação ambiental e o Código de Trânsito brasileiro são exemplos do desenvolvimento ético-social do Direito Penal, porquanto a edição de normas penais sobre os temas teve o condão de modificar o comportamento social, especialmente na questão afeta aos maus tratos contra os animais e condução de veículo automotor sem habilitação ou sob efeito de álcool.

1.4.5. Função simbólica do Direito Penal

A função simbólica, inerente a todas as normas, no Direito Penal materializa-se subjetivamente nos indivíduos e governantes. Nos primeiros, cria a falsa impressão de que a questão relacionada à criminalidade está sendo tratada pelo Estado, ao passo que para os segundos, resta a preocupação de criação de uma atmosfera de tranquilidade social e dever cumprido por terem editado leis de cunho repressivo.

Na prática, ao criminalizar novas condutas, aumentando penas e restringindo direitos, sem que, contudo, promova reais ações de combate à criminalidade, o legislador apenas transmite a mensagem de que “faz a sua parte”.

Materializa-se, em regra, por meio dos chamados crimes de plástico, no âmbito de um Direito Penal de emergência e do terror, criando-se tipos penais desnecessários ou aumentando-se as penas, ensejando o fenômeno da hipertrofia do Direito Penal.

1.4.6. Função motivadora

Incentiva os indivíduos a não violarem as normas jurídicas, sob pena de receberem uma sanção penal. Logo, representa uma motivação negativa.

1.4.7. Função de redução da violência estatal

A imposição da sanção penal, ainda que legitimada por violação da norma penal, não deixa de ser uma espécie de violência do Estado contra o indivíduo e contra a sociedade.

Nessa função, preconiza-se a intervenção mínima, punindo-se apenas as condutas estritamente necessárias e de forma proporcional.

1.5. DIVISÕES DO DIREITO PENAL

1.5.1. Direito Penal objetivo e subjetivo

Entende-se por Direito Penal objetivo o conjunto de normas que se ocupa da definição das infrações penais e da imposição de suas consequências. É formado por dois grupos de normas: as não incriminadoras, previstas na Parte Geral do Código Penal, e as incriminadoras, previstas na Parte Especial e Legislação Especial Penal.

Por sua vez, o Direito Penal subjetivo abarca direito de punir do Estado ou *ius puniendi* estatal, sendo derivado do seu poder de império. Segundo BITENCOURT⁷ (2012, p. 66), o Direito Penal subjetivo, isto é, o direito de punir, é limitado pelo próprio Direito Penal objetivo, que, através das normas penais positivadas, estabelece os limites da atuação estatal na prevenção e persecução de delitos.

1.5.2. Direito Penal comum e especial

A diferenciação entre Direito Penal comum e especial guarda estrita ressonância com a justiça competente para julgar os fatos criminosos. Tratando-se de julgamento a ser realizado pela Justiça comum, estamos diante do Direito Penal comum, aplicável a todas as pessoas.

Tratando-se de Justiça especializada competente para julgamento, como a Militar, Eleitoral, ou outra prevista em razão da função da pessoa, como nos casos de crimes de responsabilidade (Lei 1.079/50 e Decreto-lei 201/67), estaremos diante do denominado Direito Penal especial.

1.5.3. Direito Penal primário e Direito Penal secundário

O Direito Penal fundamental ou primário é composto pelas normas da Parte Geral do Código Penal e por normas de cunho geral, excepcionalmente previstas na Parte Especial, como o conceito de domicílio e funcionário público (art. 150, §§4º e 5º, e art. 327, do CP, respectivamente) que formam o conjunto de normas e princípios gerais aplicáveis, inclusive às leis penais especiais, desde que com elas não colidam.

Por outro lado, o Direito Penal complementar ou secundário é o conjunto de normas que compõem o acervo da legislação penal extravagante.

7. Op. cit.

1.5.4. Direito Penal substantivo e adjetivo

Direito Penal substantivo ou material é sinônimo de direito penal objetivo, ou seja, é o conjunto de normas que se ocupa da definição das infrações penais e da imposição de suas consequências.

Por sua vez, o Direito Penal adjetivo ou formal corresponde ao aspecto processual, consubstanciado no Direito Processual Penal.

1.5.5. Direito Penal internacional e Direito internacional penal

Segundo ESTEFAM e GONÇALVES⁸ (2016, p. 46), existem normas penais internas que projetam seus efeitos para fora do território nacional, assim como há normas que, oriundas de fontes externas, irradiam seus efeitos sobre fatos ocorridos nos lindes de nosso território.

O Direito Penal internacional equivale ao direito interno que produz efeitos a fatos ocorridos fora do nosso território, conforme previsão do art. 7º do Código Penal.

Por outro lado, o Direito Internacional Penal trata das normas externas (tratados e convenções internacionais) aplicáveis em nosso território.

As fontes principais são as convenções multilaterais assinadas pelos Estados. Seu alicerce principal está no Tratado de Roma, que fundou a Corte ou o Tribunal Penal Internacional, que tem por competência o julgamento de crimes contra a humanidade, crimes de guerra, de genocídio e de agressão⁹.

1.5.6. Direito Penal do fato e Direito Penal do autor

O Direito Penal do autor é aquele que preconiza a punição ao agente mais em razão de sua periculosidade do que pelo fato efetivamente praticado, de forma que a graduação da pena não é realizada pela reprovabilidade da conduta, mas pela periculosidade do indivíduo.

Com seu auge durante a Segunda Guerra Mundial, especialmente na legislação alemã, perdeu espaço no pós-guerra com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cedendo terreno para o Direito Penal do fato.

8. ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; coord. LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquemático**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

9. Decreto 4.388/02.

O Direito Penal do fato, por sua vez, preconiza a punição do agente pelo fato efetivamente praticado e não por sua conduta de vida, de forma que a reprovabilidade da conduta, inserta na valoração da culpabilidade, deve nortear a gravidade da pena.

Não obstante, em nossa legislação ainda há resquícios do Direito Penal de autor na dosimetria da pena, que ainda toma por parâmetros a conduta social e a personalidade do agente.

1.5.7. Direito Penal de emergência, promocional e simbólico

Segundo SICA¹⁰ (2002, p. 82), o Direito Penal de emergência representa a crise de hipertrofia do sistema penal, em grande parte causada pelo emocionalismo e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas.

O Direito Penal de emergência¹¹ revela-se com a tipificação de comportamentos com base no clamor social e discursos midiáticos, preponderantemente com fundo político, sem análise criteriosa acerca da real necessidade e impacto da nova legislação. Caracteriza-se pela perda do caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal e pela assunção da missão de instrumento político de segurança, ampliando-se a intervenção penal, de modo a conferir a sensação de tranquilidade social e pode conduzir a uma verdadeira crise de legitimidade do Direito Penal.

Uma de suas facetas leva ao denominado Direito Penal promocional, demagogo ou político, que ignora o princípio da intervenção mínima em prol da concretização de objetivos políticos por meio da edição de leis visando a consolidação de políticas públicas que fogem à alçada do Direito Penal, como a tipificação, atualmente inexistente, da contravenção penal de mendicância.

Outra faceta do Direito Penal de emergência revela-se por meio do chamado Direito Penal simbólico. Com a aprovação de leis mais severas ou novos delitos, especialmente após a divulgação midiática de fatos causadores de comoção social, utiliza-se o Direito Penal como meio de controle social e prevenção sem estudos e debates prévios, tendo por finalidade, consoante KINDERMAN, citado por NEVES¹² (1994, p. 34), confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

10. SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

11. Assunto cobrado no concurso da DPE/PE, 2018 e PC/PI 2014, entre outros.

12. NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

Manifesta-se, igualmente, no eficientismo penal, que tem por finalidade acelerar a resposta punitiva, simbolicamente, suprimindo direitos e garantias materiais e formais juridicamente tutelados.

O Direito Penal de emergência ainda pode trazer à tona o Direito Penal contramajoritário ou de retrocesso em razão do chamado efeito backlash. Referido efeito tem sua origem conferida ao julgamento realizado pela Suprema Corte americana no caso *Furman x Georgia*. Nesse, entendeu a Suprema Corte que a pena de morte não seria compatível com a Constituição estadunidense, provocando uma severa reação contrária da população contra a decisão judicial, que anos depois foi revista pelo mesmo órgão.

O efeito backlash é, portanto, um fenômeno de inconstitucionalidade que conduz à violação do núcleo essencial dos direitos, apto a trazer resultados negativos para a sociedade.

Embora tratado originalmente como resultado de decisões judiciais, entendemos por aplicá-lo também à legislação, posto que o conflito que o origina é entre Direito e Política e não simplesmente entre Judiciário e Legislativo.

A nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19), por exemplo, representa, em nossa compreensão, uma hipótese de Direito Penal contramajoritário ou de retrocesso à medida em que se traduz numa reação do Poder Legislativo contra a atuação do Ministério Público e Judiciário, que nos últimos anos intensificaram o combate contra a corrupção e levaram à prisão diversos atores do cenário político.

Em consulta pública realizada pelo Senado Federal¹³, verificou-se a rejeição amplamente majoritária pela população ao então projeto de lei, com 34.235 votos contra e apenas 568 favoráveis.

Com a nova lei, os operadores do Direito, especialmente delegados de polícia, promotores de justiça e juízes, estarão vulneráveis a diversos tipos penais, incompatíveis em sua maioria com o exercício das funções exercidas, que embaraçam, sensivelmente, o cumprimento de seus ofícios, em evidente prejuízo à coletividade, pois, à medida em que se lança a espada da Justiça por vingança privada em nome público aos seus misteres, fragiliza-se as instituições responsáveis pelo combate à criminalidade e corrupção. Logo, o efeito da novel legislação contraria o interesse público e representa um retrocesso aos fins maiores do Direito Penal, que foi utilizado para tutela de interesses privados de Deputados e Senadores, em prejuízo dos interesses da República e da sociedade brasileira. Se, por acaso, chamássemos a nova lei de Direito Penal do fim dos tempos não seria tão absurdo como seu conteúdo.

13. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>. Acesso em 13.10.2019, às 13h33min.

1.5.7.1. O Direito Penal como sistema autopoietico e o risco do Direito Penal simbólico

Luhmann, em sua teoria dos sistemas sociais, caracteriza o Direito como um subsistema autopoietico, isto é, operativamente fechado com código binário próprio (lícito e ilícito) e cognitivamente aberto para receber contribuições dos outros subsistemas em razão da dinâmica própria do Direito. Ocorre que o subsistema do Direito é o único que ao se valer de conceitos de outros subsistemas, apropria-se desses.

Assim, por exemplo, o conceito de dano emocional, previsto no novo delito de violência psicológica contra a mulher (art. 147-B, CP), típico da área médica, é apropriado pelo Direito que passar a dizer, normativamente, o que é dano emocional.

E, nesse contexto, a abertura conceitual representa, para nós, um retrocesso jurídico, não obstante ser um avanço sob a perspectiva do Direito Penal simbólico, pelo que, para se evitar a desproporcionalidade em sua aplicação, deve ser concebido como crime eventual, estabelecendo a proporcionalidade entre a **proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente**.

Isso porque o tipo penal vale-se do verbo nuclear *causar*, de matriz causalista, utilizado somente nos crimes de incêndio, inundação, desabamento ou desmoronamento, difusão de doença ou praga e epidemia. Nos delitos mencionados, à exceção do crime de epidemia, nitidamente há um resultado perceptível pelos sentidos, de forma que o verbo *causar* não implica maior compreensão.

A redação legal, para nós, é falhar ao prever a conduta típica, pois vincula, pelo excessivo **apego ao modelo causalista**, preponderante à época da edição do Código Penal de 1940, a **conduta como causa do dano emocional**, isto, condiciona o efeito a uma causa específica, desconsiderando que o dano emocional por vezes pressupõe um conjunto de atos.

O conceito de dano emocional é amplo e contempla inúmeras situações, admitindo gradações, circunstâncias que dificultam sua compreensão normativa. O dano psíquico, conforme a medicina forense, é *“uma Doença Psíquica nova na biografia de uma pessoa, relacionada diretamente a um evento traumático (acidente, doença, delito), que tenha resultado em prejuízo das aptidões psíquicas prévias e que tenha caráter irreversível ou, ao menos durante longo tempo”*.

Tem-se, portanto, que o dano psíquico é caracterizado pelo prejuízo emocional capaz de resultar em comprometimento das funções psíquicas, decorrente de um evento traumático, exigindo uma relação causa-efeito nítida.

3

Evolução histórica do Direito Penal

3.1. COMO O ASSUNTO É ABORDADO EM PROVAS E CONCURSOS

O assunto não é usual em provas das principais carreiras, de forma que o estudo deve ser realizado apenas a título histórico para conhecimento dos principais autores e diplomas legais.

3.2. INTRODUÇÃO

O estudo da evolução da história do Direito Penal revela-se importante para que se possa compreender, sob o prisma evolutivo, a mentalidade do sistema punitivo contemporâneo.

3.3. FASE DA VINGANÇA NOS POVOS PRIMITIVOS

No início dos tempos, a prática de um crime gerava uma imediata reação por parte da vítima, familiares ou por sua tribo, sem qualquer noção de proporcionalidade, sendo comum a vingança privada apresentar danos mais graves que o próprio crime. Preponderava, dessa forma, a vingança privada, sob o fundamento sanguíneo e dever sagrado.

A *fase da vingança privada* foi marcada por infindáveis lutas entre famílias e tribos. Com o passar do tempo, procurou-se, para evitar a extinção dos grupos familiares e tribos, normatizar os conflitos, surgindo, no âmbito repressivo, a Lei de Talião (*jus talionis*), que preconizava o castigo na medida da culpa. Com a Lei

de Talião, surgiu o primeiro parâmetro de delimitação da sanção: a pena não poderia causar mal maior que o delito e deveria ser pautada pela mesma intensidade causada pelo delito.

A evolução da Lei de Talião chegou a permitir o instituto da composição (*compositio*), como forma alternativa de sanção, possibilitando ao agressor reparar a ofensa mediante indenização em moeda ou espécie.

Na *fase da vingança divina*, o delito era concebido como um pecado que, por sua vez, atingia um determinado Deus, razão pela qual a confusão entre Direito e Religião propiciava penas severas. Os diplomas que melhor representaram o período são o Código de Hamurabi e o Código de Manu.

O *período da vingança pública* foi marcado pela ascensão do poder do Estado e a pena passou a ter caráter intimidatório como forma de prevenção e repressão. Os processos eram sigilosos e a penas extremamente cruéis.

3.4. DIREITO PENAL ROMANO

Com o advento da República Romana houve uma ruptura entre Direito e Religião, passando os romanos a desenvolver normas para solução dos conflitos sociais, sendo a Lei das XII Tábuas a mais conhecida.

No Direito Penal, propuseram a estruturação do elemento subjetivo do crime, desenvolvendo conceitos como dolo, culpa e erro, além de terem encampado o fim de correção da pena.

3.5. DIREITO PENAL GERMÂNICO

A ausência de leis escritas talvez tenha sido o elemento mais marcante do Direito Penal germânico. Pautado no direito consuetudinário, concebia o Direito como uma ordem da paz, de forma que o crime seria a quebra, a ruptura do sistema.

O sistema, como um todo, mesclava punições que aceitavam a vingança pública e privada, evoluindo para a aplicação da Lei de Talião e aceitação, posterior, da compensação de danos pelo infrator.

3.6. DIREITO CANÔNICO

É o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana.

No início, o Direito Canônico tinha o caráter meramente disciplinar e direcionado a seus membros. Contudo, com o fortalecimento do poder papal e aumento

da influência da Igreja, estendeu sua aplicação à sociedade como um todo, desde que os fatos assumissem uma perspectiva religiosa.

A pena tinha por objetivo de recuperação dos criminosos por meio do arrependimento perante Deus, sendo que o cárcere, instrumento espiritual de castigo, teve sua origem do Direito Canônico.

3.7. PERÍODO HUMANITÁRIO

A ruptura promovida no final do século XVIII, pelo movimento iluminista em reação ao Estado Absolutista, trouxe grandes avanços para o Direito Penal.

Com o antropocentrismo, a perspectiva antes eclesiástica e posteriormente estatal, cedeu espaço para o homem, que passou a se utilizar do Direito como meio para reduzir o poder do Estado, valendo-se, para tanto, do Contrato Social de Rousseau.

Nesse contexto, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, saindo em defesa dos desfavorecidos por meio da clássica obra *Dos Delitos e das Penas*, passou a defender a proteção da liberdade individual em face do arbítrio judiciário e o banimento da tortura como meio de produção de prova, com fundamento em sentimentos de piedade e respeito à pessoa humana.

Mudou-se, igualmente, a perspectiva sobre criminoso, que passou a ser considerado um violador do pacto social e, portanto, um perigo à sociedade, sendo então considerado adversário da sociedade.

Partindo do pressuposto de que o homem era dotado de livre-arbítrio, reconheceu-se a necessidade de que caberia apenas ao legislador o direito de elaborar leis e as penas deveriam ser fixadas por normas, de forma que, sendo previamente prevista a pena, teria o homem o direito de escolher entre respeitá-la ou não.

Ainda no modelo de Beccaria, a pena deveria ser proporcional à gravidade do fato e somente poderia o magistrado aplicar penas previstas em lei.

4

Escolas penais

4.1. COMO O ASSUNTO É ABORDADO EM PROVAS E CONCURSOS

Poucas são as questões que envolvem o assunto tratado nos capítulos atinente à evolução história e escolas penais. A cobrança, quando realizada nas provas de **Ministério Público, Magistratura e Defensoria Pública**, restringe-se ao conhecimento das **características gerais das Escolas Penais**. Nas provas de **Delegado de Polícia**, aprofundam-se os detalhes para exigir o conhecimento de pensamentos de autores como Lombroso e Ferri, de sorte que o candidato deve aprofundar no estudo do tema.

4.2. INTRODUÇÃO

As denominadas escolas penais são correntes filosófico-jurídicas que surgiram ao longo do tempo com o escopo de explicar o fenômeno do crime e os fundamentos e objetos do sistema penal.

4.3. ESCOLA CLÁSSICA

A Escola Clássica, também denominada Idealista, Filosófico-jurídica, Crítico-forense ou Primeira Escola, possui suas raízes em ideais iluministas.

Na sua concepção, a pena é um mal imposto ao indivíduo em razão da prática de um crime por ser merecedor de um castigo, de forma que a finalidade da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade.

A Escola Clássica, essencialmente humanitária e liberal, opôs-se ao Estado Absolutista, que se valia de meios cruéis e do processo inquisitório para alcançar sua finalidade no aspecto penal. Constituiu-se, portanto, como um importante movimento de defesa do indivíduo contra o Estado.

Talvez a maior característica dessa Escola tenha sido a utilização do método de trabalho dedutivo, pois a análise concreta deveria partir do direito positivo vigente para, então, passar às questões jurídico-penais.

A Escola Clássica pode ser estudada sob os prismas filosófico ou teórico e jurídico ou prático. O primeiro teve como maior expoente Cesare Beccaria que, inspirado em Rousseau e Montesquieu, estruturou seu sistema utilizando a legalidade como alicerce, que permitia ao Estado punir os criminosos desde que fossem respeitadas as limitações legais, de forma que o pacto social partia da premissa de que o indivíduo deveria se comprometer sob a égide das leis, aceitando a punição estatal no caso de descumprimento.

Noutra perspectiva, o segundo prisma, jurídico ou prático, teve em Carrara seu maior expoente. Em linhas gerais, Carrara sustentava que o crime deveria ser estudado em si mesmo, sem qualquer preocupação com o criminoso.

Segundo Carrara, o crime era uma infração da lei do Estado e fruto da conduta de um agente, construída no mundo material por meio de um movimento corporal hábil a produzir um resultado (força física) motivado por uma vontade livre e consciente de praticar um delito (força moral), sendo a pena um conteúdo necessário do Direito, isto é, o mal que o Estado impõe ao indivíduo pela prática de um delito, como resposta em busca da conservação da humanidade e a proteção de seus direitos, com observância às normas de Justiça.

Destacam-se ainda como representantes da Escola Clássica italiana Filangieri (1752/1788), Carmignani (1768/1847), Gian Romagnosi (1761-1835) e Pellegrino Rossi (1768-1847).

Por sua vez, o classicismo alemão foi igualmente relevante no seio da Escola Clássica, tendo em Ritter Von Feuerbach (1775-1833) seu principal expoente. Feuerbach defendia o princípio da legalidade, sendo dele a consagrada fórmula *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (não há crime ou pena sem expressa previsão legal).

Em síntese, as principais características da Escola Clássica podem ser resumidas nas seguintes premissas: O crime é um ente jurídico, ou seja, uma infração ao direito, praticado por um indivíduo detentor de livre arbítrio, de forma que a pena é uma

retribuição ao crime. Para análise concreta dos fatos, vale-se do método dedutivo por entender que o Direito é ciência.

4.4. ESCOLA POSITIVISTA

Com a Escola Positivista o crime passou a ser examinado sob o prisma sociológico e o criminoso tornou-se, igualmente, objeto das investigações biopsicológicas. O avanço das ciências humanas e biológicas, ocorrido no final do século XIX, deflagrou a superação da Escola Clássica.

Com o enfraquecimento do Absolutismo, o arbítrio e a violência penal da idade média deixaram de existir, de forma que o foco do Direito Penal, para a Escola Positivista, passou a ser a nova criminalidade, que apresentava constante crescimento.

Ao se voltar para o criminoso, os positivistas, naturalmente influenciados pelo movimento que não se restringia ao Direito Penal, passaram a analisar a morfologia e psicologia do delinquente, fazendo uso da estatística.

No que toca ao fundamento da pena, os positivistas defendiam o determinismo, isto é, o homem, desde o nascimento, já está determinado a ser um delinquente em função de suas características pessoais e sociais. Nesse contexto, destacam-se Lombroso, Ferri e Garofalo, que desenvolveram a antropologia criminal.

Cesare Lombroso (1835-1909), em sua obra *L'Uomo delinquent* (1875), defendia a existência de “um criminoso nato”, isto é, aquele que já nascia com predisposição orgânica para o crime, diferenciando-se do criminoso louco, habitual, ocasional e passional, por ser uma categoria especial.

Após estudar o cadáver de diversos criminosos em busca de simetrias, defendeu que os criminosos já nasciam delinquentes e que apresentam deformações e anomalias anatômicas que seriam físicas e psicológicas.

A Sociologia Criminal, fundada por Enrico Ferri (1856-1929), sustentava que o crime era determinado por fatores antropológicos, físicos e sociais.

Verifica-se, então, que a Escola Positivista nega o livre-arbítrio, abomina a ideia da Escola Clássica que afirmava que o crime era o resultado da vontade livre do homem. Defende que a responsabilidade criminal é social por fatores endógenos e a pena não pode ser retributiva, uma vez que o indivíduo age sem liberdade, o que leva ao desaparecimento da culpa voluntária. Propõe a medida de segurança, uma sanção criminal que defende o grupo e ao mesmo tempo recupera o delinquente, e

que viria em substituição à pena criminal. Essa medida deveria ser indeterminada até a periculosidade do indivíduo desaparecer por completo.

Podemos então dizer que as principais características da Escola Positivista são as seguintes: considera que o delito é um fenômeno social e natural oriundo de causas biológicas, físicas e sociais, de forma que o determinismo e a periculosidade são fatores essenciais para definição da responsabilidade social. A pena, por sua vez, tem como escopo a defesa social e a tutela jurídica e, para tanto, vale-se do método indutivo.

4.5. TERCEIRA ESCOLA (*TERZA SCUOLA*)

A Terceira Escola, também chamada de Escola Eclética, Crítica, Sociológica ou do Naturalismo Crítico, foi criada por Carnevale com o objetivo de reunir conceitos das escolas anteriores e construir uma nova perspectiva.

Da Escola Positiva, acolheu as conclusões da gênese natural da criminalidade, preservando a utilização das informações da antropologia e da sociologia criminal, reverberando o destaque do delinquentes perante o crime.

Por sua vez, da Escola Clássica preservou a diferenciação entre imputáveis e não imputáveis e repeliu a concepção de criminalidade congênita, considerando o delito de forma jurídica, culminando na construção de uma dogmática penal valendo-se do método dedutivo.

LYRA¹ (1946, P103-104), em síntese, nos apresenta as principais características da *Terza Scuola*: “1) método positivo nas ciências penais e lógico-abstrato no direito criminal; 2) indagação, tanto da culpa moral como do estado perigoso; 3) o delito como fenômeno natural e como ente jurídico; 4) penas e medidas de segurança, como duplo meio de luta contra o crime”.

Quadro comparativo:

Escolas	Clássica	Positivista	<i>Terza Scuola</i>
Exponentes	Beccaria, Carrara, Filangieri, Carmignani, Gian Romagnosi e Pellegrino Rossi e Feuerbach	Lombroso, Ferri e Garofalo	Emanuele Carnevale, Bernardino Alimena e Giuseppe Impallomeni

1. LYRA, Roberto. **Introdução ao estudo do direito criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1946.

Escolas	Clássica	Positivista	<i>Terza Scuola</i>
Crime	O crime é um ente jurídico, ou seja, uma infração ao direito	O delito é um fenômeno social e natural oriundo de causas biológicas físicas e sociais	Fenômeno individual e social
Delinquente	Indivíduo detentor de livre arbítrio	Determinismo: o homem, desde o nascimento, já está determinado a ser um delinquente em função de suas características pessoais e sociais. Criminoso nato.	Não é dotado de livre arbítrio e não é um ser anormal
Pena	Pena é uma retribuição ao crime	A pena tem como escopo a defesa social e a tutela jurídica	Função de defesa social
Método	Método dedutivo	Método indutivo	Dedutivo

4.6. ESCOLA MODERNA ALEMÃ

A Escola Moderna Alemã, também conhecida como Escola de Política Criminal ou Escola Sociológica Alemã, possui características próximas ao positivismo crítico da *Terza Scuola* italiana.

Tendo como principal expoente Franz Von Liszt, possui como principais características a adoção do método lógico-abstrato e indutivo-experimental, bem como a distinção entre imputáveis e inimputáveis, sendo o delito concebido como fenômeno humano-social e fato jurídico. A pena, por sua vez, possui uma função finalística, ajustável à natureza do delinquente. Defende, outrossim, a eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração.

4.7. ESCOLA TÉCNICO-JURÍDICA

A Escola Técnico-Jurídica, consagrada por Arturo Rocco e Karl Binding, concentrou seus trabalhos no problema do método no estudo do Direito Penal.

Concebe o crime como uma relação jurídica de conteúdo individual e social, sendo a pena uma consequência e resposta ao delito, reunindo as funções de prevenção geral e especial. Em linhas gerais, repele o uso da filosofia no Direito Penal pois se vale do método técnico-jurídico.

4.8. ESCOLA CORRECCIONALISTA

A Escola correcionalista, de origem alemã com Karl Roder e reflexos no correcionalismo espanhol, especialmente com Dorado Montero, tem como maior característica o entendimento de que o único fim da pena é a correção ao delinquente. Os correcionalistas partem do pressuposto de que os delinquentes são anormais e, portanto, incapazes de uma vida comum em sociedade.

Em síntese, a Escola Correcionalista não atribui qualquer importância ao livre arbítrio, tendo a pena exclusivamente função de correção. Entende que a responsabilidade penal é coletiva, solidária e difusa, porquanto a prevenção e tutela social são funções do Direito Penal.

4.9. DEFESA SOCIAL

Para Filippo Gramatica, um Direito de Defesa Social deveria substituir o Direito Penal com o escopo de adaptar o indivíduo à ordem social.

Esse movimento político-criminal, lastreado na filosofia humanística e valorização das ciências humanas como forma de se promover uma análise crítica do sistema, defendia a modificação de paradigmas para adoção de uma nova postura para com o delinquente.

Para a Escola da Defesa social, o crime é um mal que prejudica a evolução social, de forma que ao delinquente, pessoa que precisa ser adaptada à ordem social, impõe-se a pena como uma reação da sociedade com objetivo de proteção do cidadão.

5

Fontes do Direito Penal

5.1. COMO O ASSUNTO É ABORDADO EM PROVAS E CONCURSOS

O assunto fontes do Direito Penal não costuma ser objeto de questões em concursos de forma direta. O conhecimento exigido é **instrumental**, isto é, a forma como o conteúdo do capítulo reflete na aplicação da lei penal. Nesse aspecto, é importante conhecer o impacto da **jurisprudência** como fonte do Direito Penal.

5.2. INTRODUÇÃO

As fontes do direito subdividem-se em fontes materiais, substanciais ou de produção, e formais, de conhecimento ou de cognição.

As **fontes materiais, substanciais** ou **de produção** dizem respeito àqueles que detêm a função de elaborar a norma penal. No Brasil, cabe à União, por força do art. 22, I, da Constituição Federal, a competência para legislar sobre Direito Penal.

Excepcionalmente, poderão os Estados-membros legislar sobre matéria penal mediante autorização por lei complementar (parágrafo único, do art. 22, da CF).

As **fontes formais, de conhecimento** ou **de cognição**, por sua vez, revelam como o Direito Penal se materializa no ordenamento jurídico. Subdividem-se em imediatas e mediatas.

Em nosso sistema, a criação de infrações penais e penas somente pode ser realizada por meio de lei, pois não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF, art. 5º, XXXIX, e CP, art. 1º). Logo, segundo o Código Penal, a lei seria a única fonte formal imediata.