



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA**  
**CAMPUS 1**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**IAGO BARBOSA SILVA ARAÚJO**

**UMA ANÁLISE DA (I)LEGITIMIDADE DA PENA DE MULTA NO BRASIL À LUZ  
DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DO CONCEITO DE PENA DE LUÍS  
GRECO**

**CAMPINA GRANDE - PB**

**2023**

IAGO BARBOSA SILVA ARAÚJO

**UMA ANÁLISE DA (I)LEGITIMIDADE DA PENA DE MULTA NO BRASIL À LUZ  
DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DO CONCEITO DE PENA DE LUÍS  
GRECO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Ciências criminais e novas tecnologias.

**Orientador:** Prof. Dr. Luciano de Almeida Maracajá.

**CAMPINA GRANDE - PB**

**2023**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

A663a Araújo, Iago Barbosa Silva.  
Uma análise da (i)legitimidade da pena de multa no Brasil à luz do princípio da intervenção mínima e do conceito de pena de Luís Greco [manuscrito] / Iago Barbosa Silva Araujo. - 2023.  
50 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2023.

"Orientação : Prof. Dr. Luciano de Almeida Maracajá, Coordenação do Curso de Direito - CCJ. "

1. Intervenção mínima. 2. Pena de multa. 3. Direito das contraordenações. I. Título

21. ed. CDD 345.05

IAGO BARBOSA SILVA ARAÚJO

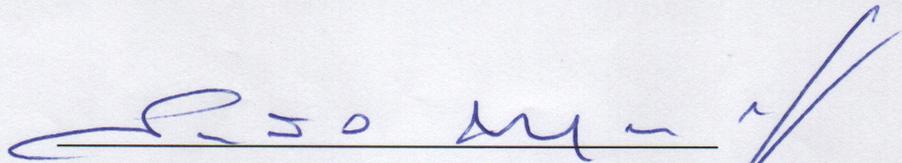
UMA ANÁLISE DA (I)LEGITIMIDADE DA PENA DE MULTA NO BRASIL À LUZ DO  
PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DO CONCEITO DE PENA DE LUÍS  
GRECO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade  
Estadual da Paraíba, como requisito parcial à  
obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências criminais e novas  
tecnologias.

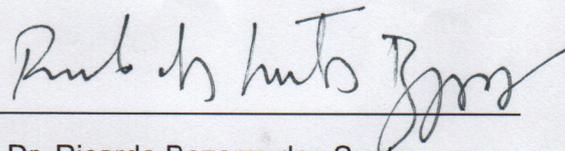
Aprovada em: 29/11/2023.

**BANCA EXAMINADORA**



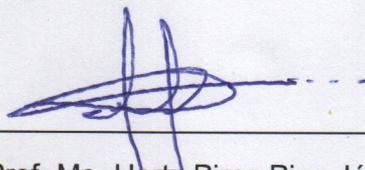
Prof. Dr. Luciano de Almeida Maracajá (Orientador)

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Ricardo Bezerra dos Santos

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Hertz Pires Pina Júnior

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Aos que, por condições socioeconômicas,  
lhes restou negado o direito à educação,  
DEDICO.

## AGRADECIMENTOS

Ao Eterno, que tudo pode e que fez o destino convergir para o momento atual, que eu possa sempre proclamar Seu nome em meus atos. Espero que, embora com as falhas da natureza humana, eu tenha realizado Sua vontade nesse Trabalho de Conclusão de Curso. O Onipotente foi muito mais generoso comigo do que um dia imaginei.

À Universidade Estadual da Paraíba, especialmente ao meu Centro de Ciências Jurídicas, por ter condicionado minha formação. Em um dos piores momentos que suportei, a UEPB me salvou. É uma honra sempre bradar o nome da Instituição, espero estar à grandeza de minha *alma mater*.

Ao meu mestre, professor, orientador e amigo, Luciano Maracajá, pelas lições que sempre iam muito além da sala de aula. Além de orientar meu trabalho final, ele orientou minha vida. É comum conhecerem Luciano como um excelente professor; porém, o seu verdadeiro destaque é a alma, seu coração é belo e de uma sutileza que ainda não conhecia. Obrigado por ter me estendido a mão e ter me mostrado a beleza no píncaro do monte da vida quando ela me assustava. A ti, meu amigo, minha eterna gratidão e lealdade.

Aos professores Hertz Júnior e Ricardo Bezerra, que aceitaram a árdua função de examinar o trabalho de um jovem que nem teria capacidade técnica para fazer algo aos seus níveis.

Hertz representa o melhor que se pode extrair de um ser humano, seja por sua capacidade impecável de didática, seja pela pureza de seu sorriso que motiva seus alunos constantemente, ou até mesmo pela sua vida de fé que inspira a todos.

Não sei se o jovem que saiu do Brasil e se fez mestre em Bruxelas no ano de 1991 imaginou que décadas depois alçaria o cargo de diretor do Centro de Ciências Jurídicas da UEPB. Mais que isso, não sei se ele imaginava que sua alegria e competência ajudariam seus alunos a fazer com que a jornada árdua de graduação convertesse em algo mais leve. Se ele não achou, ele estava completamente errado. Seu sorriso faz com que alguns dias duros no CCJ virem combustível para a caminhada. Meu muito obrigado, Professor Ricardo.

Aos demais docentes que por eles passei como um aprendiz, meus amados professores, que exercem a mais bela vocação: a de educar. Minha gratidão por terem, humildemente, se feito de degrau para que eu pudesse enxergar um pouco

mais longe. Em especial, aos meus professores do Ensino Básico: Érica Fabrícia, Tássio Tavares e Renato Elias, vocês me mostraram o quão transformadora a educação pode ser em um ser humano; no Ensino Superior, agradeço especialmente às Professora Raïssa de Lima e Melo, sem a qual eu sequer teria tido forças para chegar na metade do caminho, Andrea Lacerda, Cynara Barros, Maria Cezilene, Lucira Freire, e aos professores Laplace Guedes e Matheus Figueiredo.

Aos técnicos da Universidade Estadual da Paraíba, que aguentaram, quase que de forma penitencial, minhas idas diárias à Secretaria. Em especial, Lorena Duarte, Joseilton Barros e Alanberg Montini. Espero que um dia eu consiga retribuir ao menos metade do que vocês representaram para mim.

A minha mãe, que é a mulher mais incrível que tive a honra de conhecer. É uma honra carregar seu sangue e seu sobrenome. Obrigado por todos os momentos que se privou de algo para que eu não pudesse me privar. Tudo que sou ou que pretendo ser, é por ti.

A minha família materna, por serem meus maiores apoiadores, em especial: Irislânia e Leocássio, meus amados tios, Leopoldino e Maria Iracema, meus avós, Matheus, Gabriel e Maria Clara, os primos que me trouxeram uma parte do prazer de ter irmãos, e João Miguel, que, além de primo, me concedeu a honra de ser afilhado; e, a quem fez eu me sentir pela primeira vez com um vínculo fraternal, Mayara Larissa. Todos vocês fizeram com que eu não esquecesse a razão da graduação, isso sempre foi por vocês.

A minha família paterna, especialmente a minha madrastra, Adriana, meus irmãos, Fábio Pietro e Pierre Vinícius, e meu pai, Fábio.

A quem me mostrou a força necessária para um ambiente profissional voltado à ética, e, mais que isso, me ensinaram que somos instrumentos para a justiça de quem vem até nós: Dr. Wendley Steffan, Dr<sup>a</sup>. Elíbia Ricardo, Dr. Júlio Paiva, Dr. Antônio Xavier, Dr. Raul Pequeno, Anamaria Fernandes. O Onipotente não poderia ter me brindado com melhor escola se não a que vocês me proporcionaram. Espero fazer se orgulharem.

Por fim, aos meus colegas de classe. Se, como bradou o poeta angelical, “o homem, que mora entre feras, sente inevitável vontade de também ser fera”, quem está entre os melhores, sente inevitável vontade de melhorar. Fico contente de estar entre os melhores, vocês me fizeram crescer não apenas academicamente,

mas também, enquanto pessoa. Em especial, Fernanda Nascimento, minha dupla de extensão, pesquisa, monitoria, e das alegrias e angústias da vida.

“El concepto fundamental del que parte todo el derecho criminal y al cual todo remite, es el concepto de pena estatal. (...) de este único concepto la verdad o falsedad, la consecuencia o inconsecuencia de toda la teoría (...).”  
(Feuerbach, 1966, p. 19)

## RESUMO

O direito penal é movido e caracterizado por seu forte poder repressor, com a sanção institucionalmente mais grave: a pena. Com o avanço do Estado Moderno, e conseqüente evolução dos direitos e garantias fundamentais, mais se tornou necessária a delimitação do poder punitivo do Estado, outrora ilimitado. Em estudo bibliográfico e documental, valendo-se de análise da mudança legislativa concernente à pena de multa e da bibliografia necessária, o presente trabalho buscou analisar, com espeque no princípio da intervenção mínima e no conceito de pena trazido pelo professor Luís Greco, se a pena de multa no Brasil está corretamente posta. Para aclarar o debate, em primeiro momento tratou-se sobre a necessidade de solidificação de teorias a fim de limitar o *jus puniendi* estatal, passando a analisar o princípio da intervenção mínima e sua ligação com a ideia funcionalista-teleológica de Claus Roxin. Ato contínuo, explanou-se o conceito de pena trazido por Luís Greco, comparando-a com a atual situação da pena de multa no Brasil. Conclui-se que a pena se torna distinta de outras sanções jurídicas por ser a única legitimada a tocar direitos inatos do indivíduo (quais sejam, liberdade de locomoção, a vida e a integridade física); não obstante, qualquer pena que sequer ameace tocar direitos inatos deverá ser considerada pena apenas no sentido formal, violando o princípio da intervenção mínima, posto que o Estado só deve utilizar o direito penal quando está disposto a encarcerar um indivíduo (o que não significa que o fará sempre). A pena de multa brasileira, em caso de inadimplemento, será convertida em dívida de valor, por força da Lei nº 9.268/96, e executada perante o juízo da fazenda pública, de modo que antes da entrada em vigor da referente norma o inadimplemento convertia-se em privação da liberdade; por tal razão, nos moldes hodiernos, percebe-se ilegitimidade da pena de multa brasileira por violação ao princípio da intervenção mínima. Ao fim, buscou-se propor, com base no direito das contraordenações, uma alternativa ao ordenamento jurídico brasileiro, a fim de cessar a violação ao caráter de *ultima ratio* do direito penal.

**Palavras-Chave:** princípio da intervenção mínima; conceito de pena; pena de multa; direito das contraordenações.

## ABSTRACT

Criminal law is driven by and characterized by its strong repressive power, with the most institutionally serious sanction: the penalty. With the advancement of the Modern State, and the consequent evolution of fundamental rights and guarantees, the delimitation of the State's punitive power, once unlimited, became more necessary. In a bibliographic and documentary study, using an analysis of the legislative change concerning the fine penalty and the necessary bibliography, this work sought to analyze, with emphasis on the principle of minimum intervention and the concept of penalty brought by professor Luís Greco, whether the fine penalty in Brazil is correctly imposed. To clarify the debate, firstly it was about the need to solidify theories in order to limit the state's *jus puniendi*, going on to analyze the principle of minimum intervention and its connection with Claus Roxin's functionalist-teleological idea. Next, the concept of penalty brought by Luís Greco was explained, comparing it with the current situation of fines in Brazil. It is concluded that the penalty becomes distinct from other legal sanctions because it is the only one legitimized to affect the innate rights of the individual (namely, freedom of movement, life and physical integrity); However, any penalty that even threatens to touch innate rights should be considered a penalty only in the formal sense, violating the principle of minimum intervention, since the State should only use criminal law when it is willing to incarcerate an individual (which does not mean that will always do so). The Brazilian fine penalty, in case of default, will be converted into a debt of value, by virtue of Law No. 9,268/96, and executed before the public treasury court, so that before the entry into force of the referring norm, the default converted oneself in deprivation of liberty; For this reason, in today's terms, the Brazilian fine penalty for violating the principle of minimum intervention is perceived as illegitimate. In the end, we sought to propose, based on the law of administrative offenses, an alternative to the Brazilian legal system, in order to cease the violation of the *ultima ratio* character of criminal law.

**Keywords:** principle of minimum intervention; concept of penalty; penalty of fine; law of administrative offences.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>ENTRE O JOGO E A RAZÃO: O DIREITO PENAL ENQUANTO LIMITADOR DO PODER DO LEGISLADOR</b> .....	<b>13</b>
<b>3</b>	<b>O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA</b> .....	<b>16</b>
<b>3.1</b>	<b>Direito penal constitucional e a força dos princípios</b> .....	<b>16</b>
<b>3.2</b>	<b>O expansionismo penal e sua invisível guerra contra a coesão da sociedade à luz da teoria do funcionalismo-teleológico de Claus Roxin</b> .....	<b>17</b>
<b>3.3</b>	<b>O Princípio da Intervenção Mínima e o funcionalismo teleológico de Claus Roxin</b> .....	<b>21</b>
<b>4</b>	<b>O CONCEITO DE PENA POR UMA VISÃO ONTOLÓGICA</b> .....	<b>24</b>
<b>4.1</b>	<b>A necessidade do direito penal</b> .....	<b>24</b>
<b>4.2</b>	<b>O conceito trazido por Luís Greco</b> .....	<b>26</b>
<b>5</b>	<b>A ILEGITIMIDADE DA PENA DE MULTA NO BRASIL</b> .....	<b>32</b>
<b>5.1</b>	<b>A pena de multa no ordenamento jurídico brasileiro</b> .....	<b>32</b>
<b>5.2</b>	<b>O direito das contraordenações como uma alternativa à pena de multa</b> .....	<b>35</b>
<b>5.3</b>	<b>Uma ideia punitiva?</b> .....	<b>38</b>
<b>6</b>	<b>METODOLOGIA</b> .....	<b>41</b>
<b>6.1</b>	<b>Métodos científicos</b> .....	<b>41</b>
<b>6.2</b>	<b>Tipos de pesquisa</b> .....	<b>42</b>
<b>6.3</b>	<b>Procedimentos técnicos da pesquisa</b> .....	<b>42</b>
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>43</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>46</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Se onde há sociedade há direito, onde há direito há pena. A sanção criminal, mais repressora punição do Ordenamento Jurídico pátrio nasceu e se moldou à sociedade durante a história, portanto, a evolução de uma se confunde com a evolução da outra. Partindo da vingança privada, chegamos a uma penalização com os olhos fitados para a dignidade da pessoa humana. Se outrora a pena era sinônimo de forte imposição de poder das classes dominantes, hoje se configura como o maior meio de proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado.

O Direito Penal tem uma característica essencial que o faz se distinguir de outros ramos jurídicos: cuida do que a sociedade mais considera necessário à paz coletiva, e que, comumente, são atacadas com as condutas mais violentas, solucionando tais violações com a maior rispidez estatal possível – v.g. privação de liberdade – frente aos seus indivíduos. Ante sua característica diferenciadora, e até mesmo especial se comparada a outros ramos do direito, é que a consequência jurídica das criminalizações também é dotada de um conceito diferenciado, que a apenas a esta seara jurídica pertence.

Sendo uma sanção sociojurídica, a pena é o meio máximo de punição de um Estado frente aos seus indivíduos, sendo característica única do Direito Penal, fazendo com que esta seara do direito receba seus mais expoentes princípios: subsidiariedade e legalidade. O conceito de pena diverge entre autores, mas, carece de uma justificação sempre, criando a necessidade de algo a mais do que suas características comunicativa e punitiva que a diferencie das outras sanções jurídicas.

Com o advento da Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, o inadimplemento da pena de multa acarretará uma execução cível, e não mais o encarceramento, como outrora havia sido, *modus operandi* que até os dias hodiernos guardam guarida legal. Deste modo, o objetivo do presente trabalho foi analisar, à luz do conceito de pena adotado por Luís Greco, se está correta a pena de multa adotada pelo direito penal pátrio.

Apesar de limitar a atuação estatal, a pena continua a ser o maior mal (consigne-se, necessário) imposto em um Estado de Direito. Não por outro motivo, a condenação criminal obedece ritos e princípios próprios, tal qual a condenação unicamente por um juiz previamente constituído e a culpabilidade personalíssima.

A relevância científica e social da presente pesquisa está no fato da ciência do direito ter a função de, com base em razões academicamente postas, limitar o poder

punitivo estatal, assentando conceitos com maior clareza. No direito penal há uma necessidade ainda maior de solidificar conceitos, pela simples razão de ser o ramo do direito que mais detém custo social, e, ante sua evolução epistemológica, deve-se sempre ser vigiado e respeitado seu caráter fragmentário e subsidiário. No presente texto, analisa-se o limite do poder punitivo estatal, de modo que, não havendo disposição do Estado em encarcerar o indivíduo por uma conduta por ele perpetrada, não pode o direito penal intervir, e, portanto, deve-se mudar a legislação posta.

Outrossim, há pertinência temática pela quase inexistente, e rasa, discussão acadêmica referente ao tema no Brasil, embora tenha-se discussão mais ampla nas Universidades europeias, passo que as fontes bibliográficas nacionais ainda não se mostraram suficientes para instigar o debate com mais afinco na academia ou no poder legislativo.

Em primeiro momento, far-se-á um estudo de revisão bibliográfica, explanando, no tópico 2, a necessidade de se solidificar teorias, buscando a limitação do poder punitivo do Estado.

Ato contínuo, no ponto 3, será debatido a importância do princípio da intervenção mínima, também chamado de *ultima ratio*, para o direito repressor, demonstrando os perigos de uma expansão penal ilegítima, com espeque no professor espanhol Silva Sánchez, e vinculando o princípio da intervenção mínima com a teoria do funcionalismo-teleológico de Claus Roxin, visto ser a teoria epistemológica mais aceita pela doutrina.

No ponto 4, o trabalho fitou os olhos para o conceito de pena trabalhado pelo professor Luís Greco, trazendo um conceito de pena mais tradicional na doutrina, e argumentando pela necessidade que a sanção criminal tem de se diferenciar das sanções alheias ao direito penal. Como será demonstrado, a pena é a única sanção passível de tocar em direitos inatos do indivíduo; outrossim, realizar-se-á uma correlação entre o conceito de pena abordado e o princípio da intervenção mínima.

No ponto 5, já iniciando um estudo bibliográfico, aliado ao estudo documental da legislação e estudo comparado com ordenamento jurídico estrangeiro, será apresentado o recente histórico da pena de multa na lei brasileira, comparando-a com os direitos das contraordenações de Portugal e Alemanha, concluindo se há ou não uma ilegitimidade da norma brasileira.

## 2 ENTRE O JOGO E A RAZÃO: O DIREITO PENAL ENQUANTO LIMITADOR DO PODER DO LEGISLADOR

No ponto posterior à introdução, peço *venia* para que ele se mostre como um nobre apresentador do debate que será exposto no decorrer da presente pesquisa. Para tanto, as referências estarão vagas; e isso se justifica por dois motivos: a) pretende-se dialogar mais diretamente com o leitor sobre a importância da sedimentação de teorias; b) apesar de estar o assunto internalizado entre os doutrinadores, pouco se escreve/escreveu acerca de tal ideia.

A ciência do direito tem a clara função de estudar o direito enquanto direito, v.g., uma análise da estrutura normativa em um ordenamento jurídico. Todavia, insurge na ciência do direito uma das mais preciosas funções sociais que a ele incumbe: buscar domar o poder (*voluntas*) pela razão (*ratio*) (Greco, 2019, p. 25), ou seja, fazer com que a vontade do detentor de poder seja limitada pelo uso da razão, (Hobbes, 2010, p. 103 e ss.)

Não por outra razão, Lacordaire, de forma sublime, versa que, entre desigualdade de força (qualquer que seja), a liberdade oprime e o direito liberta. Isso se mostra pelo motivo do direito, em um mundo ideal, sempre questionar a validade e necessidade de determinado desejo, impondo limites.

O grande óbice que se encontra é que a produção do direito (normas jurídicas em amplo sentido) não tem como artesão a ciência do direito. Não vivemos em um mundo ideal, a realidade é que a política produz o objeto da ciência do direito. Fato é que a política detém regras próprias, por vezes confrontantes com os mandamentos basilares do direito. Nesse norte, a ciência do direito deve funcionar como um quarto poder do Estado; um poder ausente de força coacional perante os outros três, mas dotado de forte racionalidade. Leciona o professor Luís Greco (2019, p. 26) sobre os atos de poder do legislativo, executivo e judiciário:

Mas é a ciência do direito que, no seu cotidiano, coloca à prova a pretensão, implicitamente existente, de que esses atos sejam mais do que simples atos de poder. (...) Ela não pratica essa vigilância por meio de força corporal, senão racional, a fim de que essas razões também suportem seus resultados. Ela obriga o poderoso a prestar contas de suas decisões e o denuncia quando as razões indicadas por ele, na verdade, são uma racionalização insincera. A ciência do direito é, portanto, a ciência da distinção entre direito e poder.

É imperioso trazer um adendo a fim de clarear o debate. A razão trazida pelo direito não pode ser avessa à realidade que o circunda, sob pena de ser ineficiente. Nessa esteira, o morador mais ilustre da Faculdade de Direito do Recife, Tobias Barreto (2004, p. 38):

Uma razão que, por si só, sem o auxílio da observação, sem dados experimentaes, é incapaz de conceber a mais simples regra technica, é incapaz de elevar-se á concepção, por exemplo, de uma norma geral de fabricar bons vinhos, ou de preparar bons acepipes, — como pôde tal razão ter capacidade bastante paira tirar de si mesma, unicamente de si, todos os princípios da vida jurídica?

Compartilhando o mesmo pensamento, de forma mais contemporânea, o mestre de Munique, Claus Roxin (2008, p. 63):

Eu proponho (...) uma dogmática plena de dados empíricos, que se ocupa das realidades da vida de modo muito mais cuidadoso que um finalismo concentrado em estrutura lógico-reais um tanto abstratas. (...) Normativismo e referência empírica não são métodos que se excluem mutuamente, mas eles se complementam.

No direito penal, tal função (colocar a razão frente ao poder) goza de uma necessidade e importância maior. Por ser o meio mais violento que o Estado tem para entrar na esfera privada do seu indivíduo, a criminalização de uma conduta sempre carecerá de uma prévia justificativa, razão que o custo moral e social de um processo penal é altíssimo (Ferrajoli, 2002, p. 168).

Retornando ao fato da política realizar movimentações em um jogo alheio à ciência jurídica, tem-se que, em uma sociedade imediatista, a qual anseia necessariamente por culpados de seus problemas sociais, e que não consegue achar repostas em sua plenitude, por medo de realmente encontra-lo, a política populista entrega a reposta mais fácil (Silva Sanchez, 2013, pp. 59 e 61). Ainda nessa esteira, o direito penal é usado a bel prazer, simbolicamente, como uma aparente resolução para problemáticas que estão muito aquém da necessidade de intervenção jurídico-penal (Silva Sanchez, 2013, p. 59).

É bem verdade que o Direito Penal pode ser analisado sobre diversos enfoques de acordo com o tipo de Estado a qual serve, v.g., Estado Totalitário. Porém, ante a evolução epistemológica do direito penal, não mais se concebe uma norma incriminadora subserviente a desejos individualistas, que vá de encontro a um Estado Democrático de Direito. Deve-se assentar a importância de um direito penal baseado em bens jurídicos, dotados de sentido social, anteriores às normas penais e precisos

*de per si*. De forma contrária, estaríamos transformando o destinatário do direito penal em um brinquedo de ambições egocêntricas (tal qual existe com a teoria pura da busca pela verdade formal no processo penal).

Os conceitos sólidos de um direito penal, portanto, devem caminhar junto com Princípios basilares, fundamentalmente esculpidos, por exemplo, a reserva legal, a intervenção mínima e a culpabilidade personalíssima.

Desde Feuerbach e Liszt, passando por Mezger e Roxin, aportando em Bitencourt e Luís Greco, os bons penalistas nutriram a alma pela busca de consolidação da essência da ciência penal, sempre combativos em momentos de desnecessária expansão do ramo repressor. Se outrora se pensou em uma punição embebida meramente em prevenção geral, hoje buscamos a proteção da dignidade humana.

De forma poética, Barroso assim versou:

Legislar é prever meios para concretizar objetivos legítimos. A adequação, necessidade e proporcionalidade dos meios que o indivíduo, a sociedade e o Estado elegem para buscar seus fins dão a dimensão de sua civilidade, constitucionalidade e moralidade. (Barroso *in* Alquéres; Neves, p. 62).

Em consonância com o mestre, o desequilíbrio entre meios e fins, a utilização de um meio legítimo para fins ilegítimos faz com que o direito perca sua função de justo controlador social. Buscando evitar a ilegitimidade dentro do Ordenamento Jurídico, incumbe à ciência do direito, como já apresentado, impedir a disseminação de ilegítima atuação legislativa com a solidificação de conceitos.

### 3 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

#### 3.1 Direito penal constitucional e a força dos princípios

De início, é importante traçar o que é um princípio jurídico. Alexy (2014, p. 185) doutrina que os princípios são mandados de otimização. Indo além, os princípios oferecem mais do que meramente pontos de vista, eles são o guia do ordenamento jurídico, i.e., demonstram a direção que as atitudes político-jurídicas (no presente trabalho, jurídico-criminais) necessitam ter para a conquista do dever-ser ideal (Alexy, 2014, p. 223), permitindo que o objetivo posto seja realizado da maneira mais efetiva possível. Portanto, infere-se que os princípios são razões para as normas, e, por consequência lógica, razões para os legisladores.

Nessa esteira, Barroso escreve que os princípios são tidos como o cerne que dá origem para a norma, “com eficácia derogatória e diretiva e, portanto, as normas constitucionais ou legais que se contraponham aos núcleos de irradiação assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade e/ou vigência” (Barroso, 2018, p. 123).

Canotilho (2003, pp. 1.146 e 1.147) doutrina que com a criação de diversos ramos jurídicos, de direito penal a direito digital, há uma norma maior, formada por regras e princípios, que leva a coesão pacífica de todas as searas: a Constituição. Ao lecionar sobre a posição hierárquico-normativa da Constituição Federal, o mestre lusitano (2003, p. 1.147):

(...) a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas da constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.

Fato é que, como não poderia deixar de ser, o direito penal restou irradiado pelas normas constitucionais, de modo que qualquer norma penal que esteja em desacordo com os princípios constitucionais deve ser banida do ordenamento jurídico (Maracajá, 2014). É cediço que tais princípios podem estar explicitamente ou implicitamente colocados dentro da norma constitucional.

As normas constitucionais sempre levam o Estado ao encontro do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, razão que o direito penal deve se harmonizar sempre com a liberdades, garantias e direitos estatuídos pela Lei Maior (Masson, 2019, p. 81).

É a constituição que contém a regulação do direito máximo a ser tomado pelo Estado: a liberdade. É a constituição o alicerce do direito penal, regulando o Estado sua própria forma de operacionalização, deixando de lado a ideia de um Estado Liberal, passando a criar um Estado mais ativo. Nesse sentido, Lima (2012, p. 56):

Ao assinalar os limites entre o constitucional e o inconstitucional, no que diz respeito às normas penais, a Constituição demarca os limites da Política Criminal ou, por outras palavras, estabelece, para além das possibilidades de criminalização, até onde o próprio legislador de reforma e o legislador ordinário podem ir com as estratégias para enfrentamento da criminalidade. De outro lado, delimita a Carta Constitucional os passos do juiz no controle da constitucionalidade, restringindo ou ampliando suas possibilidades de interpretação.

Por tudo isso, parece consentâneo denominar o estudo de todas essas relações Direito Penal Constitucional.

Buscando a Dignidade da Pessoa Humana, insurge o princípio da intervenção mínima, o qual será uma das bases do presente trabalho e fartamente debatido à frente, como norma constitucional implícita, razão que “em um ambiente democrático, as interferências realizadas pelo Estado nas vidas das pessoas devem ser, sempre, racionalmente justificadas.” (Maracajá, 2023, p. 30).

Rafael Aguilera Portales e López Sánchez (p. 414 e ss.), ao lembrar que a força normativa dos princípios adveio do fenômeno chamado de neoconstitucionalismo, ensina que a nova era constitucional busca a garantia dos direitos fundamentais pela hermenêutica e interpretação das normas através de princípios informadores, servindo de base não apenas para o poder legiferante, mas também, para os julgadores.

### **3.2 O expansionismo penal e sua invisível guerra contra a coesão da sociedade à luz da teoria do funcionalismo-teleológico de Claus Roxin**

É comum que se escute que a atual sociedade é imediatista, que clama por respostas de todo “urgentes”, que não mais se reflete com afinco antes de uma tomada de decisões. Utilizam, inclusive, a ideia de que as novas tecnologias trouxeram tal fardo para a humanidade. Essa afirmação não é de todo verdade. Não no direito penal, ao menos. Lembremos que o direito penal historicamente foi utilizado

para fins políticos, senão vejamos, a perseguição penal realizada no reinado dos Reis Católicos contra os judeus na embrionária Espanha, a fim de lhes tomar o patrimônio (Sousa, 2007, pp. 95 e 96). A sociedade sempre clamou por respostas rápidas.

A única diferença é que hoje possuímos mais observadores críticos, mais balizas sociojurídicas, e, por isso, analisamos com mais avidez esse clamor social. Mas, fato é que ele existe, e deve ser debatido. Como suscitado, a inflamação social apenas hodiernamente por rápidas soluções não é de toda verdade, porém, não é de toda mentira. A violência mostrada a todo momento de forma midiática torna a política criminal, erroneamente, refém de um pretense medo social, de modo que, Rodrigo Cavalcanti, leciona que esse pretense medo social e a deturpação da política criminal pelos legisladores ocasionam:

(...) uma suplantação do estado social pelo estado penal. Assim, vivenciamos hodiernamente o que BAUMAN (2008) propõe a substituição da sociedade de risco pela sociedade da incerteza, na qual nos refugiamos na esfera do direito penal como resposta atual e eficiente para resolução da violência e dos riscos sociais, culminando na chamada expansão do direito penal. (Cavalcanti, 2023, p. 315)

O termo “expansão do direito penal” tomou notoriedade pelas letras de Jesús-Maria Silva Sánchez, catedrático da Universidade Pompeu Fabra, em obra de mesmo nome. Silva Sánchez (2013, p. 34) ensina que há uma expansão legítima do direito penal, decorrente de novas demandas, e uma expansão ilegítima/desarrazoada. Para essa expansão desnecessária, Sánchez traz algumas motivações, sendo uma delas, como há pouco trazida, é a influência da mídia; porém, o professor é deveras incisivo ao versar que a mídia não cria um medo da criminalidade, mas somente, reforçam ou estabilizam medos já existentes no seio social, um medo decorrente de uma instabilidade do bem-estar coletivo (Silva Sánchez, 2013, p. 50).

Todavia, entre todas as causas, o catedrático de Barcelona elenca uma maior, *conditio sine qua non* da força de todas as outras: o descrédito de outras instâncias de proteção (Silva Sánchez, 2013, p. 75). A primeira subcausa elencada é a transferência de questões morais para o direito penal; na mesma esteira, de forma precisa, Jean-Claude Guillebaude (2003, p. 259) doutrina que, quando uma sociedade deixa esvaecer seus pontos de referência, “e sobretudo uma definição elementar do bem e do mal (...), é o Código Penal que os substitui”.

A segunda subcausa é a troca de um modelo da responsabilidade por um modelo de seguro (v.g., seguro de um carro em caso de sinistro ou roubo), em que

diminui-se a eficácia preventiva do direito penal (Silva Sánchez, 2013, p. 78). Por fim, um descrédito ao Direito Administrativo, referentes a meios de proteção preventivos e/ou punitivos; Silva Sánchez (2013, p. 79) atribui essa última causa a uma desconfiança, em menor ou maior razão, de se buscar no Estado cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies.

O resultado do descrédito em outras instâncias é devastador para a sociedade, e, como não poderia deixar de ser, para a ciência do direito. Essa forma pedagógica que ousam clamar do direito penal é ingênua e, em determinados casos, demagógicas. Não apenas porque tal ideia levaria a uma expansão *ad infinitum* do direito penal, caracterizado por ser um ramo de *ultima ratio*, mas também, por ser uma expansão sem utilidade, dando ao direito penal um fardo que a ele não compete, e, segundo Silva Sánchez (2013, p. 79), acaba por ter o risco de desnaturalizar, descaracterizar, o direito penal.

No sistema atual, a pressão social infla o direito penal, como já abordado (ver ponto 2). O óbice é que, mais uma vez, se macula a subsidiariedade inerente ao direito penal, fazendo com que o poder e a vaidade suplantem a razão. Transforma-se o ramo repressor em um meio qualquer de controle social, o que não revela legitimidade e ainda ocasiona o descrédito da última instância de proteção sociojurídica, posto que:

O Direito Penal deve ser a *ratio* extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do bem e da sociedade.

(...) Com o passar dos anos, os estudiosos do Direito Penal assistiram, estarecidos, a uma incriminação desenfreada de condutas, à criação de leis penais desnecessárias.

(...) **a pena perdeu parte do seu crédito e da sua força intimidativa pela sua utilização em excesso.** (Maracajá, 2023, pp. 34 e 35).

Eugênio Raul Zaffaroni, em obra com Nilo Batista, assim lecionou sobre os perigos de se retirar a razão do direito penal, transformando-o em discursos de uma classe social, acadêmica e política alheias aos reais clamores sociais (os quais clamam, de fato, por bem-estar, não por repressão):

Assim sendo, o direito penal preferiu exercer o poder com o próprio discurso, em lugar de exercê-lo através de decisões adequadas à realidade por parte das agências jurídicas, sacrificando sua orientação racional em favor da conservação do poder discursivo. (...) Sabe-se que quanto mais irracional foi um exercício de poder, menor será o nível de elaboração e abstração de seu discurso legitimante, de modo que as crescentes contradições das sociedades contemporâneas não resistem sequer ao discurso penal dominante, razão que seu poder como discurso está debilitando, devendo competir com o que há de mais irracional e simplista na perspectiva bélica,

projetado pelos meios de comunicação em massas e recolhidos pelas agências políticas. (...) o direito penal deve incorporar o discurso midiático bélico, ou enfrenta-lo. (Zaffaroni *et al.*, 2011, p. 73)

Aceitando a incorporação ao discurso midiático, haveria degradação do direito penal, de modo que, tal qual um caiaque remando contra a natureza das águas, o direito penal, contra sua natureza, iria ao encontro de sua diluição; de modo contrário, enfrentando o discurso midiático (o qual poderíamos traduzir como populista), deveria o legislador penal mudar sua tática, recompondo-se como discurso jurídico ciente de seu imenso poder direto, mas coerente com seu mister. Continuando tal como está, criar-se-á normas desnecessárias, v.g., art. 121, §2º, VI, do diploma repressor, enquanto deixa-se de criminalizar condutas necessárias, por não gerar capital político e social suficientes ao legislador final, v.g., a ausência de criminalização do crime de infidelidade patrimonial<sup>1</sup>.

Em que pese, o clamor social e midiático apenas infla em crimes de colarinho azul, cometidos por pessoas com vulnerabilidade socioeconômica, e sentidos cotidianamente por todos, como roubo, furtos e estupros. Percebendo tal fato, Luiz Flávio Gomes (*in* IBCCRIM, 1995, p. 31), de um brilhantismo a ele natural, lecionou que o modelo socioeconômico imposto Poder Público e pelas elites econômicas gera desequilíbrio social, falta de policiamento e baixo nível de escolaridade; gerariam a criminalidade, a qual, por sua vez, enseja pressões repressivas (demandas populares e da mídia), acarretando resposta estatal (do legislativo e do executivo).

Mais à frente, o mestre:

A reação estatal, engendrada em clima tão primitivo e emocional quanto o que norteia a demanda repressiva, só pode evidentemente ser simbólica (ilusória, enganatória), faz de conta que está oferecendo “solução” para o problema, quando, na verdade, apenas o mascara. Uma coisa é certa, entretanto: o Poder Público intervencionista tão odiado pelo Poder Econômico tampouco mostra eficiência na hora de apurar o crime: de cada mil infrações, somente uma acaba sendo punida executivamente.

De forma assustadora, em quase 30 anos a realidade é a mesma. Todavia, pede-se vênia para não mais explorar o tema, visto não ser o objeto do trabalho.

A fim de frear o expansionismo penal, deve a doutrina, os cientistas do direito penal, os Tribunais de controle direto de constitucionalidade de normas penais (no

---

<sup>1</sup> Sobre a necessidade da criação do tipo penal de infidelidade patrimonial no Ordenamento pátrio e sua estrutura dogmática, remeto os interessados ao livro “o delito de infidelidade patrimonial e o direito penal brasileiro”, do professor Rodrigo de Grandis. Disponível para compra em: <https://marcialpons.com.br/product/direito-penal-e-criminologia/o-delito-de-infidelidade-patrimonial-e-o-direito-penal-brasileiro/>.

caso pátrio, o Supremo Tribunal Federal), os legisladores, fitarem novamente seus olhos à importância do Princípio da Intervenção Mínima, modulador do poder estatal e garantidor da *ultima ratio*.

### 3.3 O Princípio da Intervenção Mínima e o funcionalismo teleológico de Claus Roxin

A imposição do direito penal frente a um indivíduo coloca em grave perigo a existência social do afetado, razão que o situa como marginal perante a sociedade em sua volta. Sendo o maior mal suportado institucionalmente por um indivíduo em um Estado Democrático de Direito, em decorrência de ser a única autorizada a sempre ameaçar a liberdade do indivíduo, a pena perpetuamente carecerá de justificação, visto que “a liberdade se presume, a restrição da liberdade se justifica” (Greco, 2017, p. 116).

Isso se dá porque o estigma penal encrava-se na história de um indivíduo como uma tatuagem na pele de um ser humano. Não por acaso, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, assim advogou no Século XVIII, sob forte influência de Montesquieu:

TODA PENA, que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. (Beccaria, 1999, p. 29)

(...)

só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. (Beccaria, 1999, p. 31)

Foi a tentativa de concretização dos princípios da legalidade e da intervenção mínima. O primeiro nos escusaremos de trabalhar (visto que, por si só, não impede que o Estado crie tipos penais desnecessários ou que comine penas além do necessário), enquanto que o segundo será palco de nosso enfoque.

Apesar do princípio da intervenção mínima ter sobressaltado ao mundo juridicopolítico a partir do Iluminismo, lembra Luisi (2003, p. 27) que a verdade é o fato do desmedido crescimento da criação das normas incriminadoras a partir do século XIX, alarmando penalistas de diferentes países.

Para que possamos melhor trazer com afinco um conceito do princípio da intervenção mínima, imperioso antes trazer qual é a função do direito penal sob a ótica da última evolução epistemológica do direito penal, as teorias funcionalistas, precisamente a teoria funcionalista-teleológica de Claus Roxin, funcionalismo hoje dominante no Brasil, mas sem esquecer do belo debate acadêmico travado com o funcionalismo-sistêmico, advogado pelo catedrático de Bonn, Günther Jakobs.

Roxin (2003, p. 51) leciona que a função do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, i.e., a função do direito penal é tutelar bens jurídicos indispensáveis à vida em sociedade, desde que as outras forças estatais não tenham obtido êxito em protegê-los. A essa parcela subsidiária de bens jurídicos protegidos, nominamos de bens jurídico-penais. Nas palavras do mestre de Munique (2018, pp. 16 e 17):

Eu parto de que as fronteiras da autorização da intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além dessa função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor a liberdade dos cidadãos. (...) os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica.

Indo ao encontro do princípio da intervenção mínima, ou princípio da subsidiariedade, veremos cristalina (e necessária, consigne-se) ligação entre a ideia de expansionismo penal, de Silva Sánchez, e a teoria do funcionalismo-teleológico, de Roxin. A bem da verdade, Silva Sánchez e Roxin tiveram por base o princípio da intervenção mínima em seus escritos. A ideia sempre foi domar o poderio do direito penal.

Lecionando sobre o princípio da intervenção mínima, após versar que tem função de orientação político-criminal restritiva ao *ius puniendi*, Luiz Régis Prado (2019, pp. 285 e 286):

O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa.

(...)

Decorrente da ideia da necessidade de pena (pena inútil – inadequada à devida salvaguarda de bem jurídico – é pena ilegítima), sua aplicação afasta o Direito Penal nas hipóteses em que não seja considerado meio idôneo, adequado ou eficaz para a prevenção do delito. Todavia, assinala-se, a partir do critério da racionalidade ética, que a questão da eficácia não pode depender do puro arbítrio legislativo no estabelecimento dos objetivos de

tutela penal, mas deve exigir-se prévia justificação dos conteúdos sobre quais têm incidência e pretende ser efetiva.

De fato, dever-se-á existir prévia justificação dos conteúdos sobre os quais o direito penal incidirá. E esse foi o objetivo dos estudos de Roxin; em artigo anterior, defendi que, com sua ideia de tutela de bens jurídicos, o que o alemão fez foi sobressaltar o princípio da subsidiariedade, dando-lhe maiores razões e fundamentos, como é o caso da impossibilidade de se punir conteúdos que atingem unicamente uma moral coletiva ou individual.

Ao iniciar o debate sobre a função do direito penal no Estado Democrático de Direito, na mesma esteira de Roxin, professora Ana Elisa Bechara (2014, p. 71):

A identificação da função da intervenção penal com a proteção de bens jurídico-penais, cumprida a partir da determinação do conteúdo material do delito, impede, assim, que qualquer tipo de interesse ou convicção moral cuja violação não tenha repercussão social negativa relevante possa servir de fundamento de incriminação, constituindo, portanto, garantia fundamental do Direito Penal moderno. (BECHARA, 2014, p.71).

Como verdadeiro exemplo prático de inexistência de bem jurídico-penal a ser tutelado em crime no direito penal pátrio, tem-se os tipos existentes do art. 227 ao art. 230 do Código Penal, grupo de crimes conhecido como lenocínio. Em que pese, tais crimes nutrem um forte moralismo em sua estrutura. O art. 229 pune quem mantém casa de prostituição; segundo Maracajá (2019, p. 227), trata-se:

(...) de mais um crime sem vítima, uma vez que a mera manutenção do local que seja destinado para encontros que visem à prática de atos sexuais não afeta nenhum bem jurídico penalmente relevante, mas tão somente pode vir a ocasionar desconforto em determinadas pessoas, que nutrem forte moralismo, afastado da vivência da sociedade contemporânea.

Concordamos com Bitencourt (2021, pp. 319 e 320) quando o mestre, ao tocar no assunto do lenocínio, leciona que o Brasil “continua a enfiar a cabeça na carapuça”, momento que a vida segue como se tudo fosse um “baile de máscaras”. Bitencourt assim o diz porque criminalizar quem mantém casa de prostituição é condenar categoricamente as pessoas que se prostituem a viver numa degradação de sua dignidade, visto que necessitam laborar nas perigosas ruas.

Ante o exposto, depreende-se, portanto, que qualquer criminalização (*lato sensu*) ou sanção penal que não observe a função sociojurídica do ramo repressor estará violando o princípio da intervenção mínima, trazendo, desde sua gênese, uma ilegitimidade.

## 4 O CONCEITO DE PENA POR UMA VISÃO ONTOLÓGICA

### 4.1 A necessidade do direito penal

Em primeiro momento, necessário assentar a importância e necessidade do direito penal no seio social. Têm surgido e crescido muitas visões abolicionistas do direito penal. Não devendo ser confundido com o direito penal mínimo, o abolicionismo penal defende que o castigo não é o meio adequado para reagir diante de um delito, visto que o sistema inteiro punitivo foi criado para a manutenção de um *status quo*, ou, em outras palavras, “para perpetuar uma ordem social injusta, seletiva e estigmatizante, de forma que até mesmo sistemas que possuam um funcionamento tido como satisfatório não deixarão de ser violentos” (Achutti, 2014, p. 35).

Defende-se que criminalização de condutas e imposição de penas é algo deveras retrógrado ao Estado Democrático de Direito (Zaffaroni et. al., 2003, p. 93 e ss.). Advoga-se que a pena é o maior instrumento para reafirmação do *status quo* do grupo dominante, além de que a ideia é sustentada pelo argumento de que o combate às causas sociais de delinquência seriam aliados a medidas conciliatórias extra-estatais e indenizações reparatórias, soluções melhores que o direito penal. Estaríamos, portanto, sendo guiados à abolição da seara mais agressiva do direito. Como exemplo, em trabalho de conclusão de curso apresentado à Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Franklyn Santos defendeu uma ineficácia das penas privativas de liberdade em delitos de estupro de vulnerável, argumentando não existir ressocialização e conseqüente reincidência (Santos, 2021, p. 16); acredita o autor que o delito deveria ser resolvido com justiça restaurativa<sup>2</sup> (na introdução de seu TCC), ou penas restritivas de direito (ponto 3.1 de seu trabalho), o que beira um absurdo em erros crassos dogmáticos.

Em artigo anteriormente publicado na Revista Avant, da Universidade Federal de Santa Catarina<sup>3</sup>, defendemos que o abolicionismo penal tem cristalina impossibilidade de ser sustentado em argumentos.

---

<sup>2</sup> Segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, a justiça restaurativa pode ser compreendida como “a busca da solução de conflitos por meio do diálogo e da negociação, com a participação ativa da vítima e do seu ofensor”. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvitas/o-ministerio-publico-e-a-vitima/justica-restaurativa#:~:text=A%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20pode%20ser,v%C3%ADtima%20e%20do%20seu%20ofensor>.

<sup>3</sup> Link para o artigo: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/6354>.

Em primeiro momento, é certo que o poder de coação psicológica da pena (frise-se, não há unicamente essa função a pena) é a base do poder intangível, invisível, do direito penal. Foucault (1987, p. 13), ao falar sobre a evolução das penas:

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias conseqüências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens.

Não obstante, Roxin (2008, p. 3 e ss.) versa que as posições abolicionistas são deveras românticas para serem seguidas. Para tanto, necessitar-se-ia que através de uma utilização racional de recursos, controles de natalidade, consciência extensa coletiva, dentre outros, a sociedade atacasse voluntariamente todas as causas de criminalidade. Roxin defende, ainda, que nem com as supressões das supostas causas de delinquência poderíamos abrir mão do direito penal, visto que a criminalidade corresponde a um comportamento desviante, dentro do arcabouço típico de condutas humanas, que sempre irá existir em maior ou menor grau, dependendo das condições político-sociais da nação (Santos; Araújo, 2023, p. 296). Desta necessidade de um direito penal, antes mesmo de nascer Roxin, se pronunciou Tobias Barreto (1892, p. 81) em publicação póstuma:

Onde quer que um povo, pelo caminho do desenvolvimento social, tenha deixado atrás de si todas as phases de organização pre-política, domina o princípio de que certas condições da vida commum devem ser asseguradas contra a rebeldia da vontade individual; e o meio de segurança é a pena, cujo conceito envolve a idéia de um mal imposto, em nome de todos, ao perturbador da ordem publica, ao violador da vontade de todos.

Em verdade, os abolicionistas pretendem entregar uma missão ao direito penal que a ele não pertence. O direito penal não é um instrumento mágico (pelo contrário, ele é duro), ele é apenas mais um dos meios que o Estado tem para conter a criminalidade. Dê-se educação básica de qualidade, dê-se o mínimo existencial, e aí sim, diminuiríamos a incidência do direito penal, ao menos dos crimes de colarinho azul<sup>4</sup>. Todavia, como sua *ultima ratio*, sob nenhuma hipótese por guarda de sua própria existência, o Estado poderá abrir mão do direito penal.

---

<sup>4</sup> Crimes de colarinho azul são também conhecidos como crimes de rua. Geralmente, são praticados por pessoas menos favorecidas economicamente. Como exemplo, o crime de furto e tráfico de drogas.

## 4.2 O conceito trazido por Luís Greco

De modo que se mostra não ser lúcida deixar de lado o direito penal, por óbvio não se pode abrir mão da consequência clara advinda de uma criminalização: a pena (pode-se abrir mão da pena, segundo Roxin, em casos que a sanção criminal não seja necessária às suas finalidades preventivas<sup>5</sup> <sup>6</sup>). Portanto, necessário se faz que o conceito de pena esteja muito bem delimitado. É função dúplice essa delimitação: a) apesar de ser o maior meio que o Estado tem contra seus indivíduos, paradoxalmente, o direito penal é o maior aliado que os cidadãos têm contra uma desenfreada vontade estatal de punir, perfazendo segurança para os cidadãos; 2) ante a Carta Política programática e mandamental, o Estado precisa saber como punir, não interessa ao Estado punir injustamente ou executar uma pena injusta (Távora; Alencar, 2023, p. 918).

O conceito de pena é esvaído de debate na dogmática jurídica. Buscou-se muito mais a função da pena do que seu conceito em si, e, em que pese, ambas não se confundem. Bitencourt (2020, p. 310), v.g, de forma simples, o que não deveria caber a um autor com tamanha envergadura técnica, traz que o conceito de pena é ser um castigo. Jakobs (2018, pp. 59 e 60) advoga, em seu funcionalismo-sistêmico, que, se o bem jurídico-penal é a vigência da norma, a pena é o instrumento através do qual é revigorada a força do ordenamento jurídico, é a clássica ideia Hegeliana que a pena é a negação d negação do direito. A melhor definição é trazida por Luiz Régis Prado, defendendo que a pena: “Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com base na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal” (Prado, 2019, p. 547).

---

<sup>5</sup> Claus Roxin, em 1996, num artigo nomeado de “Zur kriminalpolitischen fundierung des strafrechtssystems”, traduzido para o português com o título “Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal”, defende que a pena só pode ser imposta a alguém se presentes a tipicidade, ilicitude e responsabilidade do agente na conduta. A responsabilidade se subdividiria em culpabilidade e necessidade preventiva. Enquanto que a culpabilidade seria analisada como o agir ilícito tendo idoneidade para entender o caráter da norma, a necessidade preventiva analisaria se a punição da conduta traria satisfação às necessidades de prevenção (geral e especial).

<sup>6</sup> Em outras referências, Luís Greco em “A ilha de Kant” in “Direito penal como crítica da pena”, a partir da p. 266.

Ao analisar o conceito de pena trazido por Feuerbach<sup>7</sup>, por muitos considerado o pai da ciência penal, Luís Greco<sup>8</sup> defende que o conceito de pena deve ser compreendido lado a lado com seus pressupostos de justificação, de modo que estes levam àqueles (Greco, 2015, p. 206 e ss.). Dessa feita, Greco assim conceitua pena:

**males especialmente graves, de tipo físico o comunicativo**, impuestos por el Estado que se infligen como **reacción objetiva frente a un supuesto delito** (Greco, 2015, p. 228). (grifo nosso)

O primeiro elemento principal é que a pena só pode ser imposta quando se tem certeza que o agente cometeu um delito, i.e., princípio da culpabilidade personalíssima; quanto ao que seria delito, peço *venia* para não trabalhá-lo, posto que tangenciaria o tema central do trabalho. Todavia, o conceito do professor Luís Greco ainda traz “males de natureza grave” e o caráter “comunicativo ou retributivo” da pena, o que restará melhor debruçado.

Greco advoga que o que faz a pena carecer sempre de justificação é a imposição de mal, sendo essa imposição a de um mal físico (sensorial) e/ou um mal comunicativo; Greco os chama de “aspectos do fenômeno pena”, de modo que cada um deles são relevantes, seja em conjunto, seja separadamente (Greco, 2015, p. 222).

Apesar de existirem teorias que consideram a pena um “bem”, como defende Leibniz<sup>9</sup> (Santos, 2017, p. 250), de modo que a pena seja aparentemente ruim e essencialmente boa, estas não devem prosperar por ausência de argumentos sólidos. Greco (2015, p. 220) doutrina que tais teorias são otimistas, e até mesmo ingênuas. Se a pena, de fato, fosse algo bom, não se destinaria tanta tinta procurando uma forma de frear o poder punitivo estatal, tampouco seria necessária a discussão que norteia o presente trabalho. Portanto, voltemos aos aspectos da pena.

---

<sup>7</sup> Segundo Feuerbach, a pena é “un mal que se aflinge por acciones cometidas en contra de la ley, y sólo por ello se le impone a um sujeto” (Feuerbach, *Revisión de los fundamentos y conceptos básicos del derecho penal positivo*, tomo I, p. 4); mais adiante, determina que a pena “es um mal sensorial” (*Idem*, p. 56)

<sup>8</sup> Desde jovem, quando foi para a Alemanha se fazer mestre e doutor, sob orientação de Bernd Schünemann e Clasu Roxin, Luís Greco se mostrou um dos maiores expoentes brasileiros do direito penal. Sempre com sólidos argumentos e impetuosas críticas, mostrando brilhante desenvoltura em direito penal material, filosofia do direito e direito processual penal, em sua Cátedra na Humboldt-Universität Zu Berlin, Greco é louvado entre os estudiosos do direito penal. É dele o conceito ontológico de pena o qual será utilizado no presente trabalho.

<sup>9</sup> Gottfried Wilhelm Leibniz criou uma teoria que tenta fazer uma ligação entre a existência do mal na sociedade e a bondade de Deus, a “teodiceia”.

A função comunicativa da pena pode ser dividida em *desaprobación declaratória* e *desaprobación constitutiva* (Greco, 2015, p. 224). O termo será ora traduzido como repreensão<sup>10</sup> declaratória e constitutiva. A repreensão declaratória é quando o Estado comunica ao indivíduo e toda sociedade que aquela atitude violou o Ordenamento Jurídico; já a constitutiva, é uma tentativa de querer melhorar o indivíduo, seria uma repreensão pedagógica (Greco, 2015, p. 224). Para Greco (2019, p. 71), essa repreensão constitutiva seria “uma contingência sociológica extrínseca à pena”, razão que seu caráter comunicativo deveria esgotar unicamente em sua função declaratória, e isso se faz com base na ideia funcionalista da culpabilidade<sup>11</sup>.

Portanto, a característica comunicativa diz respeito ao objetivo de informar à sociedade que aquela conduta pelo agente perpetrada está em descompasso com o direito, demonstrando, com a aplicação da pena, que a norma continua vigendo e foi rechaçado o dano ao ordenamento jurídico proposto, apelando para a razão coletiva e buscando um consenso entre seus destinatários (Oliveira, 2011, p. 163).

A característica de imposição de um mal sensorial, a qual é a característica mais cristalina e que melhor se impõe, é a inflição de um mal ao delinquente, ou seja, a invasão do Estado a uma situação confortável ao indivíduo (Hungria; Fragoso, 1978, p. 30 e 31). É a invasão do direito penal, enquanto Estado, na esfera individual do indivíduo de forma física.

Greco faz, agora, a frase-marco de sua teoria: “Entonces, las penas son un mal de naturaleza sensorial o comunicativa. Pero no todo tipo penal de naturaleza física o comunicativa es una pena” (Greco, 2015, p. 224). Apesar de indissociáveis à pena, por si só essas características não conseguem diferenciar a pena de outras sanções de outras searas do direito.

Outras punições jurídicas também podem comunicar censura, informando que aquela conduta de um indivíduo está em desacordo às normas postas. Como exemplo, e não faz-se necessário mudar, fizemos<sup>12</sup> a menção ao relatório final da

<sup>10</sup> Poderia também ser “reprovabilidade”, mas haveria a possibilidade de ser confundido com a reprovabilidade característica da culpabilidade.

<sup>11</sup> Pela ausência de espaço para alongar o debate, remeto-lhes a Greco, “*lo vivo y lo muerto em la teoría de la pena de Feuerbach*” (referência ao fim), conjugando p. 223 e ss. e p. 387 e ss.; ou, em alemão, Greco, “*Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*”, conjugando p. 298 e ss. e p. 500 e ss. (link para acesso: [https://www.duncker-humboldt.de/buch/lebendiges-und-totes-in-feuerbachs-straftheorie-9783428130085/?page\\_id=1](https://www.duncker-humboldt.de/buch/lebendiges-und-totes-in-feuerbachs-straftheorie-9783428130085/?page_id=1)).

<sup>12</sup> Ver ref. 3.

Comissão da Verdade no Brasil<sup>13</sup>; mais ligado ao dia-a-dia do judiciário, fizemos menção à punição com objetivo dúplice do direito do consumidor, em que, através da ideia de punitive damages, o Tribunal da Cidadania compreende a sanção consumerista como função declaratória/pedagógica-punitiva (Filho, 2015, p. 333 e ss.).

Outrossim, há quem diga ainda que o conceito de pena possa derivar da gravidade de infligir dor ao apenado, i.e., pena é o que de forma muito gravosa atinge o indivíduo. Este conceito não está completamente errado, ou, melhor dizendo, ele está parcialmente correto. Todavia, goza de um caráter de todo subjetivo, visto que outras sanções podem também ser de todo grave, como exemplo, a cassação de um visto de residência para estrangeiro (Greco, 2019, 71 e ss.), ou o perdimento dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio mais o pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano causado ao erário público e suspensão dos direitos político por 12 anos, em caso de condenação pelo art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa (Brasil, 1992).

Todavia, a pena deve ser um mal maior, não pode ser confundida com outras sanções, e, por sua gravidade, necessita de mais justificação. Dito isso, “el mal tiene que ser tan grave que parezca que especialmente necesita una justificación” (Greco, 2015, p. 227).

Carnelutti (2015, p. 18), de mesmo modo, sente a necessidade de algo mais que justifique a pena, e não somente apenas a imposição de um mal:

Mas é também certo que a relação cronológica entre dois males, mesmo quando seja necessária, não é suficiente para fazer de um desses com relação ao outro uma pena.

(...)

É, portanto, fácil intuir que um mal, para ser uma pena, não deve ser a respeito de outro somente um post hoc, porém um propter hoc; a relação cronológica entre eles é um aspecto da relação causal.

Quanto a questão de gravidade, Greco defende que devemos analisar por um estudo qualitativo, e não quantitativo. Isto é, o que a pena atinge, e não o quanto ela atinge. Arremata o mestre: “o mal da pena atinge direitos especiais, direitos de um caráter peculiar” (Greco, 2019, p. 72).

---

<sup>13</sup> Link para o relatório: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>.

Tal peculiaridade foi tratada por Greco em um artigo chamado “Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas Jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade”, o qual servirá de base doravante.

Os direitos de natureza especial são os chamados “direitos inatos”, em que Bobbio os define, com fulcro em Immanuel Kant, como sendo “os que são transmitidos pela natureza independentemente de qualquer ato jurídico” (Bobbio, 2000, p. 120). Em outros termos, os direitos inatos são aqueles que ao indivíduo pertence apenas por sua condição de ser humano. De outro norte, temos também os direitos adquiridos, os quais ganhamos ou perdemos ao longo das nossas vidas em situações distintas (Bobbio, 2000, p. 120 e ss.), tal como a investidura em funções públicas e o patrimônio<sup>14</sup>.

Os direitos inatos são, portanto, a vida, a integridade física e a liberdade. Foucault, ao trabalhar o fenômeno do abandono gradual às penas-espetáculo (castigos corporais e pena de morte), versa e, quase que poeticamente, arremata:

Sem dúvida, a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito.

[...]

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos — daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou — é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições.

[...]

O corpo e o sangue, velhos partidários do fausto punitivo, são substituídos. Novo personagem entra em cena, mascarado. Terminada uma tragédia, começa a comédia, com sombrias silhuetas, vozes sem rosto, entidades impalpáveis. O aparato da justiça punitiva tem que ater-se, agora, a esta nova realidade, realidade incorpórea. (Foucault, 1987, pp. 19 e 20)

Bitencourt (2020, p. 1.306 e ss.) leciona que, como acima trouxe Foucault, outrora o Estado já tocou nos direitos inatos do indivíduo através da pena de morte, castigo corporal e supressão de liberdade, de modo que hoje, em nosso Ordenamento, apenas subsiste a privação de liberdade.

Doutrina Luís Greco (2019, p. 74) que toda pena, *de per si*, deverá ao menos ameaçar suprimir algum direito inato do indivíduo, em que hoje em dia apenas se enquadra a supressão de liberdade. Para argumentar deste modo, Greco utiliza o

<sup>14</sup> Parágrafo retirado de artigo publicado na Revista Avant: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/6354/5315>

exemplo das contraordenações em comparação à pena de multa no direito alemão. Enquanto que as multas simples das contraordenações não poderão ter substituição por privação de liberdade em caso de descumprimento, as penas de multa aceitam a pena de privação de liberdade substitutiva (GRECO, 2019, p. 73).

Sendo, pois, o maior meio institucionalmente suportado pelo indivíduo, o conceito de pena está intimamente vinculado a Princípios formadores do direito penal, como o da legalidade, intervenção mínima, e da culpabilidade, bem como a ideia funcionalista-teleológica que norteou Roxin.

Não se pode condenar um indivíduo criminalmente por ação ou omissão sem que este tenha atuado sem dolo ou culpa, necessitando um liame psicológico, não podendo alguém ser condenado por fato causado por outrem; isto é o que conhecemos como princípio da culpabilidade (Prado et. al., 2014, p. 112 e ss.)<sup>15</sup>. Ademais, não se pode condenar criminalmente um indivíduo sem que seja prolatada decisão por juiz criminal institucionalmente estabelecido, em que deverá representar o Estado, obedecendo o contraditório e ampla defesa (necessário se faz lembrar que não se impõe pena se não pelo estado, vide conceito de pena *apud* trazido por Greco). Na mesma esteira, não se pode criminalizar condutas que não tutelem bens jurídico-penais, de modo que: “Busca-se, (...), no conceito de bem jurídico um critério limitador do *ius puniendi* estatal” (Bechara, 2014, p. 352).

Quanto ao princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, remete-se ao item 3.3 do presente trabalho.

É de se assentir, pois, que ao criminalizar uma conduta em que o Estado não está disposto a encarcerar um indivíduo, “não subsiste necessidade de criminalização. Se subsiste meios de penalização que não seja através do direito penal, e que surta os efeitos positivos esperados, tal qual as contraordenações (o que será melhor aprofundado a seguir), deve o Ordenamento Jurídico pátrio adotá-los, sob cristalina pena de ferir o princípio da intervenção mínima”. (Nascimento; Araújo, 2023, p. 12).

---

<sup>15</sup> Trecho de parágrafo retirado de artigo publicado na Revista Avant: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/6354/5315>

## 5 A ILEGITIMIDADE DA PENA DE MULTA NO BRASIL

### 5.1 A pena de multa no ordenamento jurídico brasileiro

A pena de multa propriamente dita, considerada pena pecuniária ao lado da indenização e do confisco, é prevista como tipo de sanção penal no rol exemplificativo do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988. Após falar que a ideia de pena de multa substitutiva da prisão advém do século XIX, ensina Bitencourt que duas são as características da pena de multa propriamente dita (assim chamada para distinguir da indenização), doravante pena de multa:

Duas são as características essenciais da multa penal, tradicionais em todos os países:

1ª) a possibilidade de sua conversão em pena de prisão, caso não seja paga;  
2ª) seu caráter personalíssimo, ou seja, a impossibilidade de ser transferida para os herdeiros ou sucessores do apenado. (Bitencourt, 2020, p. 1.706)

Em mesmo sentido, Hans-Heinrich Jescheck sobre a conversão da pena de multa em prisão quando do seu não pagamento, afirmando que a conversão não é um meio forçoso para o pagamento da pena de multa, mas sim, uma pena autêntica:

Si la pena de multa no ha sido abonada voluntariamente ni cobrada por vía ejecutiva se aplica en su lugar la prisión sustitutoria por impago de multa (§ 43, inciso primero). Esta es una pena auténtica (sustitutiva), no un medio forzoso para conseguir el pago de la pena de multa. Esto significa que con el cumplimiento de aquélla esta última queda liquidada. (Jescheck, 2002, p. 834).

Dessa forma, em plena consonância com o que doutrinou Jescheck, inclusive com a exclusão da punibilidade por pagamento, o legislador de 1984 deu redação ao art. 51 do código penal da seguinte forma:

Art. 51 - A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de paga-lá (*sic*) ou frustra a sua execução.

Modo de conversão.

§ 1º - Na conversão, a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano.

Revogação da conversão

§ 2º - A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa. (Brasil, 1984)

Todavia, em uma anômala modificação, o legislador penal resolve, em 1996, com o advento da Lei 9.268/96, não mais permitir a conversão da pena de multa em privativa de liberdade quando do seu inadimplemento, transformando o não

pagamento em dívida de valor. Até os dias hodiernos assim permanece com a seguinte redação:

Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (Brasil, 1940)

No atual sistema jurídico-penal brasileiro, a multa pode ser aplicada isolada, cumulativa ou alternadamente, ou ainda substituindo uma pena privativa de liberdade. Essa cumulação com a pena privativa de liberdade merece ser melhor debatida, passo que pedimos vênias para não o realizar; porém, ao que nos parece, é correta a posição de Oliveira *et al.*, quando já em 1997 defendia uma certa ilegitimidade de tal cumulação, visto que, do ponto de vista do princípio da culpabilidade e da proporcionalidade mínima<sup>16</sup>:

Ao se determinar que o agente deva responder pela infração com a perda da liberdade, esgotam-se, nessa via, os conceitos de “necessidade e suficiência para reprovação do crime”.

A multa passa a configurar excesso, uma aflição a mais, sem significado e sem fundamento, diante da prisão, a medida punitiva mais drástica existente no direito pátrio. (Oliveira *et al.*, 1997, p. 103)

Consigne-se que, ainda que não seja a Lei alterada, poder-se-ia evitar a imposição da multa com espreque na ideia de uma nova exigência para a punição além da mera culpabilidade (terceiro substrato do crime), qual seja, a ideia de prevenção concreta<sup>17</sup>. É um tema que merece um debate mais aprofundado em trabalho específico.

Em mesma página, Oliveira *et al.* defende que é irrazoável a conversão da pena de multa em privação de liberdade porque a finalidade da pena – reprimir e prevenir, segundo os autores – estariam satisfeitos com a imposição de uma ou de outra. Todavia, se a imposição da pena não é satisfeita pelo réu, nem a repressão e nem a

<sup>16</sup> Com melhores referências sobre referido princípio, Zaffaroni *et al.* em “Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal”, 4ª ed., a partir da página 230.

<sup>17</sup> Claus Roxin, em 1996, num artigo nomeado de “Zur kriminalpolitischen fundierung des strafrechtssystems”, traduzido para o português com o título “Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal”, defende que a pena só pode ser imposta a alguém se presentes a tipicidade, ilicitude e responsabilidade do agente na conduta. A responsabilidade se subdividiria em culpabilidade e necessidade preventiva. Enquanto que a culpabilidade seria analisada como o agir ilícito tendo idoneidade para entender o caráter da norma, a necessidade preventiva analisaria se a punição da conduta traria satisfação às necessidades de prevenção (geral e especial).

prevenção estariam satisfeitas. De modo diverso, o não cumprimento apenas acarretaria descrença na norma.

O próprio direito penal brasileiro já tem exemplos de tal necessidade. Quando injustificadamente não se cumpra o preconizado no nos incisos I, II e III do art. 28 da Lei de Drogas, o magistrado deverá progredir a sanção para uma mais gravosa, mostrando que a norma posta deve ser seguida. Lembre-se, o caráter criminal da pena de multa não foi retirado; óbice, porém, existe na exposição de motivos da Lei 9.268/96, a qual tramitou como Projeto de Lei – PL nº 726/1995. O então Ministro de Estado da Justiça, Nelson Jobim, com uma ausência de técnica jurídica que não dizia respeito a alguém que alçou vaga no Tribunal Constitucional, assim motivou a mudança na pena de multa:

4 A revogação dos §§ 1º e 2º do art. 51 do Código Penal, implica na supressão do instituto da conversão da pena de multa em prisão. São conhecidos os argumentos que se renovam de tempos em tempos, sustentando a inconstitucionalidade destas hipóteses de transformação da pena pecuniária em detenção. **A constituição de 1988 somente admite duas espécies de prisão civil:** a do devedor de alimentos e a do depositário infiel e, ainda, assim, subordinadas a determinados e rigorosos pressupostos. (Brasil, 1995)

Não obstante, o Ministro ainda cita as dificuldades com a inflação da época, dificultando a liquidação final do valor da multa imposta. Data vênua, mas a natureza da pena de multa é criminal, uma possível conversão em privação de liberdade acarreta uma prisão criminal, e não uma prisão cível como aduziu o Ministro, não merecendo prosperar sua argumentação.

Dessa forma, fitando novamente os olhos à teoria de Greco, uma sanção que sequer ameaça tocar um direito inato do indivíduo não é pena em seu sentido ontológico, podendo-a ser apenas formalmente.

Óbice se perfaz é que uma “pena” em sentido unicamente formal irá transgredir o princípio da intervenção mínima, devendo ser considerada ilegítima. Ora, se não há a necessidade de privação de liberdade como medida máxima de cumprimento da sanção imposta, não há também a necessidade do direito penal. Outras alternativas são necessárias, e, como sugestão, procurar-se-á, por análise comparada, apoio nas legislações alemã e portuguesa, nos direitos das contraordenações, o que será exposto doravante.

## 5.2 O direito das contraordenações como uma alternativa à pena de multa

De proêmio, destaca-se que o direito das contraordenações (ou ilícitos de mera ordenação social) constitui, juntamente com o direito penal e o direito disciplinar, em um conceito tripartite, o direito sancionador público, de modo que o direito disciplinar está umbilicalmente ligado ao funcionalismo público, enquanto que os demais visam um melhor convívio social, e é imperioso destacar que o direito sancionador público, ante seu caráter de punição, deve obediência ao princípio da estrita legalidade (Almeida, 2021, p. 11 e ss.).

Criadas precipuamente na Alemanha, as contraordenações são atos ilícitos não-civis que, por não ter força suficiente que exija maior repressão, não são enquadrados como ilícitos criminais. A norma, então, lhes comina sanções extrapenais, comumente as *geldebusse*, sanção pecuniária distinta da multa, chamadas de coima em Portugal. Boa parte dos delitos tratados em contraordenação pertenciam ao direito penal, passando por um processo de descriminalização (Jescheck, 2002, p. 57 e ss.).

Ao lecionar sobre a característica de *ultima ratio* do direito penal, Roxin doutrina que o caminho encontrado, com êxito, pelo direito alemão para o controle de distúrbios sociais com intensidade de bagatela, v.g. pequenas infrações de trânsito e barulhos não permitidos, foi a criação das contraordenações. Segundo o alemão, “o direito penal do futuro tem aqui um extenso campo – especialmente as numerosas leis extravagantes – para descriminalização” (Roxin, 2008, p. 13).

Brandão (2013, p. 201) aduz que toda a evolução dogmática das contraordenações as levaram a serem consideradas, pela doutrina majoritária, como um ramo do direito distinto do direito penal. A bem da verdade, o direito das contraordenações vieram substituir as contravenções alemãs e portuguesas, as quais puniam sem necessidade de dolo, sendo necessário unicamente a falta de observância das disposições preventivas da Lei (Almeida, 2021, p. 7). Em outro giro, com o advento das leis de contraordenações, exigiu-se, para punição, que o agente aja com dolo ou negligência praticando um fato digno de censura estabelecido em Lei (Almeida, 2021, p. 13).

Por análise literal da Lei de Contravenções Penais (LCP) do Ordenamento Pátrio, temos que a regra não é a análise de voluntariedade, mas sim um cumprimento voluntário de uma proibição preventiva da legislação. Todavia, essa ausência de

voluntariedade não é bem aceita pela doutrina, em que alguns até entendem existir uma responsabilização objetiva. Portanto, compreendemos que seria mais salutar a criação de um direito de contraordenação, submisso ao direito administrativo, com afincos em corretas teorias, revogando a atual Lei de Contravenções Penais, do que tentar corrigir (posto que seria irrazoável as contraordenações exigirem voluntariedade e as contravenções penais, em regra, não) a LCP e ainda criar uma lei de contraordenações.

Apesar de uma certa aproximação com o direito penal, em que a diferente natureza do direito de mera ordenação social mais sobrepuja é no processo sancionatório (Brandão, 2013, p. 779). O processo contraordenacional é guiado pelo contraditório e pela ampla defesa, são retiradas algumas garantias que é inerente ao Processo Penal, como, por exemplo, o não julgamento e não revisão por órgãos do poder judiciário. Nos dizeres de Brandão (2013, pp. 782 e 783):

É o facto de o sancionamento contra-ordenacional contender com a esfera jurídica das pessoas de um modo substancialmente distinto daquele que é próprio da acção sancionatória penal que torna socialmente suportável e constitucionalmente admissível a acentuada diminuição das garantias de defesa envolvida na administrativização do processo. O afastamento da reserva judicial absoluta de jurisdição tem como consequência imediata a atribuição de poderes de investigação e de decisão a autoridades administrativas que estão longe de oferecer as mesmas garantias de autonomia e de independência em relação ao poder executivo de que o Ministério Público e os juízes são portadores (...).

No direito contraorganizacional, por exemplo, não há separação entre acusador, instrutor e julgador. Todavia, como já ventilado, a mitigação de garantias é suportada porque, principalmente, não há possibilidade de restrição de liberdade (Almeida, 2021, p. 20).

Por fim, assente-se que outras garantias fundamentais devem ser afirmadas no processo das contraordenações, por analogia do processo penal, visto que é a imposição de uma sanção estatal a um indivíduo:

ao direito das contraordenações são imediatamente aplicáveis o princípio da legalidade criminal, nas suas vertentes de lei escrita<sup>2964</sup>, prévia, certa e estrita dirigidas ao facto e à sanção (art. 29.º, n. 1, 3 e 4, da CRP), o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável (art. 29.º, n.º 4, segunda parte, da CRP), o princípio ne bis in idem (art. 29.º, n.º 5, da CRP), o princípio da proibição de penas de duração ilimitada ou indefinida (art. 30.º, n.º 1, da CRP), o princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal (art. 30.º, n.º 3, da CRP), o princípio da proibição de efeitos automáticos das penas (art. 30.º, n.º 4, da CRP) e o princípio da culpa. (Brandão, 2013, p. 789).

É preciso salientar que a analogia do Processo Penal se dá pela semelhança que há entre o direito de mera ordenação social e o direito penal. Como exemplo, necessário faz recorrer a como Portugal organiza sua lei de Contraordenações.

A normatização no país lusitano iniciou com o Decreto-Lei nº 433/82. Tal qual o Código Penal brasileiro, que de forma “plástica” trabalha os artigos em ordem de importância, o direito das contraordenações também em seus dois primeiros artigos versa sobre o princípio da legalidade:

Artigo 1.º

Definição

Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima.

Artigo 2.º

(Princípio da legalidade)

Só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática. (Portugal, 1982)

As semelhanças continuam, tratando a legislação portuguesa de algo parecido a teoria geral do crime, ou seja, dolo e culpa, tentativa, concurso de agentes e crimes, inimputabilidade em seu carácter biopsicológica, dentre outras; trata ainda de situações semelhantes com a teoria da pena, como dosimetria da sanção, punições acessórias e perdimento de bens.

Em mesmo sentido, infrações penais em espécies são deveras semelhantes entre os ordenamentos jurídicos. Em estudo comparado, pode-se perceber a semelhança entre a Lei nº 30/2000 de Portugal e o art. 28 da Lei nº 11.343/06, lei de drogas:

Artigo 1.º

Objecto

1. A presente lei tem como objecto a definição do regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica.

Artigo 2.º

Consumo

1 - O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação.

2 - Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias. (Portugal, 2000)

-

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas (Brasil, 2006)

Outro exemplo se delinea nos crimes ambientais. O país ibero tem uma vasta gama de legislação que busca a preservação ambiental a partir da imposição de coimas (Casanova; Monteiro, 2007, p. 57). Como exemplo, o Decreto-Lei nº 138/1996 de Portugal e a Lei brasileira de crimes ambientais:

Artigo 20.º

Contra-ordenação

Constituem contra-ordenação, punível com coima graduada de 50000\$00 até ao máximo de 500000\$00, no caso de pessoa singular, ou até 6000000\$00, no caso de pessoa colectiva: a) A transferência, reenvio ou trânsito de resíduos radioactivos sem autorização concedida de acordo com o disposto no presente diploma; (Portugal, 1996)

-

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, **transportar**, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos:

(...)

§ 2º Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço. (Brasil, 1998, grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que não haveria uma drástica ruptura entre a ordem sancionatória brasileira atual e uma possível ordem sancionatória futura com o advento de contraordenações. Seria necessário muito mais um aparelhamento dos órgãos administrativos responsáveis pelo julgamento das contraordenações e imposição de coimas, do que uma mudança no pensamento dos cidadãos.

Dessa forma, a formulação de um direito das contraordenações para o direito brasileiro seria uma válida e coerente alternativa à ilegitimidade da pena de multa do jeito que se afigura no ordenamento jurídico pátrio.

### 5.3 Uma ideia punitiva?

Cabe-me, já com olhos postos no fim do trabalho, realizar uma breve, mas necessária, digressão. Apesar de ter trabalhado para não dar possibilidade para tal conclusão, o leitor que aqui chegou pode pensar que o autor tem ideias que buscam uma punição maior, ou que pretende que conversão de pena de multa em privação

da liberdade acarrete um crescimento da população carcerária. Se for essa a conclusão, pretende-se agora desfazê-la em argumentos.

Não se deve olvidar que a situação atual brasileira é crítica no que se refere aos estabelecimentos prisionais, é invidável a superlotação suportada pelos cárceres de todos os estados da federação. Não por acaso, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347, o Supremo Tribunal entendeu haver estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. **Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas** e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” (Brasil, 2015, grifo nosso).

Dois graves problemas se sobressaltam dentre tantos outros de tamanha gravidade: a) o capital político para candidatos é exíguo ao se pautar melhorias no sistema prisional, de modo que a população não enxerga o tem como segurança pública; b) o sistema prisional peca em fazer sua segunda principal função, qual seja, a de ressocializar adequadamente o apenado. Nessa esteira, Ferreira (2022, p. 68) ao versar sobre os problemas no sistema penitenciário:

No nível político, existe a dificuldade em reconhecer o sistema penitenciário como um elemento da segurança pública e que esteja integrado às ações de combate à criminalidade. No nível programático, o principal problema é a incapacidade de produzir soluções compatíveis que atendam às exigências legais e orientem a atuação do poder público. Ou seja, deve-se operacionalizar as promessas pactuadas nas reformas penais dos anos 1980, a partir de uma estrutura progressiva de cumprimento da pena prisional, a reintegração efetiva e harmônica e a fiscalização do sistema pelo poder público e pela sociedade. Por fim, o nível gerencial aponta a ausência de mecanismos adequados de planejamento, financiamento e indução de iniciativas transformadoras da atual configuração do sistema penitenciário, sendo um desafio a indução de mudanças na realidade dos estados por meio destes instrumentos.

Portanto, não se faz razoável que haja proposta que busque aumentar a já degradante situação prisional brasileira. Todavia, não se pode condenar conceitos penais por crise institucional nos cárceres.

Apesar de pleitear que o não pagamento voluntário da pena de multa acarrete a conversão em pena privativa de liberdade, de nenhuma forma se espera que haja um crescimento da população prisional privada de liberdade, visto que também se

sugere a transformação de algumas condutas em contraordenações, deixando de ser infração penal.

Trazendo a possibilidade de conversão, traz-se também a devida importância de prevenção a uma sanção criminal propriamente dita. Lembremos, punir corretamente também é função do Estado.

## 6 METODOLOGIA

### 6.1 Métodos científicos

Neste ponto, aborda-se a respeito da estrutura metodológica que será a responsável por permear o presente estudo, visto que é indispensável a utilização de métodos para se traçar os caminhos necessários até se atingir os objetivos da pesquisa, uma vez que o método científico “[...] é a lógica geral, tácita ou explicitamente empregada para apreciar os méritos de uma pesquisa.” (Cervo; Bervian, 1996, p.22). Consigne-se que a escolha do tema adveio do objeto do estudo do autor enquanto graduando ser, via de regra, as ilegitimidades e ausência de razões sólidas no direito penal brasileiro.

A priori, é válido ressaltar que a presente pesquisa consistirá no estudo da bibliografia especializada no tema e na legislação em outros países, quais sejam, Portugal e Alemanha, posto que são países que influenciam a cultura jurídica brasileira, têm êxito no direito das contraordenações, e, principalmente a Alemanha, gozam de um considerável grau de racionalidade em seus estudos; busca-se, posteriormente, submeter os resultados aos responsáveis pela mudança na legislação jurídico-criminal no Brasil. Dessa forma, utilizaremos os métodos dedutivo e comparativo, haja vista que:

A dedução é a argumentação que torna explícitas verdades particulares contidas em verdades universais. O ponto de partida é o antecedente, que afirma uma verdade universal, e o ponto de chegada é o conseqüente, que afirma uma verdade menos geral ou particular contida implicitamente no primeiro (Cervo; Bervian, 1996, p.35).

Este método realiza comparações, com a finalidade de verificar similitudes e explicar divergências. O método comparativo é usado tanto para comparações de grupos no presente, no passado, ou entre os existentes e os do passado, quanto entre sociedades de iguais ou de diferentes estágios de desenvolvimento.

[...] Ocupando-se da explicação dos fenômenos, o método comparativo permite analisar o dado concreto, deduzindo do mesmo os elementos constantes, abstratos e gerais. Constitui uma verdadeira “experimentação indireta”. (Marconi; Lakatos, 2017, pp. 127 e 128)

A utilização desse método justifica-se pelo fato de que a pesquisa será pautada no estudo bibliográfico, partido de premissas teóricas maiores para chegar-se aos resultados objetivados. Nesse mesmo escopo, tem-se que o tipo de pesquisa que será utilizado é a bibliográfica, considerando que essa possui o intuito de expandir o conhecimento acerca da temática e analisar teorias que possam explicar o objeto a

ser investigado, esse tipo de pesquisa “[...] procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicada em documentos.” (Cervo; Bervian, 1996, p.48).

Não obstante, a pesquisa comparativa se justificativa pela utilização do estudo comparado entre as legislações estrangeiras que se valeram de um direito administrativo sancionador no lugar de penas de multas alocadas ao direito penal e a legislação brasileira.

Outrossim, caracteriza-se como uma pesquisa qualitativa pois essa “[...] preocupa-se, portanto, com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais” (Henriques; Medeiros, 2017, p.31).

## **6.2 Tipos de pesquisa**

Nesse mesmo escopo, tem-se que o tipo de pesquisa que será utilizado é a bibliográfica, considerando que essa possui o intuito de expandir o conhecimento acerca da temática e analisar teorias que possam explicar o objeto a ser investigado, esse tipo de pesquisa “[...] procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicada em documentos” (Cervo; Bervian, 1996, p.48).

## **6.3 Procedimentos técnicos da pesquisa**

Por fim, no que tange aos procedimentos técnicos de pesquisa, Eduardo Carlos Bittar propôs dois tipos de técnicas: de investigação teórica e de investigação empírica. Com relação às técnicas de investigação teórica, usar-se-á técnicas conceituais e normativas, de modo que necessita-se de um conceito milimetricamente definido da sanção jurídico-penal, além de estudar com afinco dogmática do Direito Criminal. Já com relação às técnicas de investigação empírica, será utilizada análise de conteúdo, posto que analisar-se-á resultados da descriminalização das condutas não puníveis com ameaça a direitos inatos.

## 7 CONCLUSÃO

Desde a base dos estudos de ciências jurídicas, torna-se necessário que os acadêmicos de direito já entendam a necessidade que existe em limitar o poder punitivo estatal através de solidificação de teorias com esboço na razão. O Estado, de fato, foi criado para normatizar a vida em sociedade, porém, não foi criado com poderes infinitos, possuindo a obrigação de garantir o bem-estar dos indivíduos que o criaram. No direito penal, domar o poder pela razão necessita de uma maior atenção, visto que o custo socioeconômico da criminalização e penalização de condutas é alto, passo que a sanção criminal sempre carecerá de justificação.

A criação de novas normas criminais é o que se chamou de expansionismo penal, fenômeno muitas vezes necessário pela dinâmica coletiva ao longo da história. Todavia, por motivos políticos, o direito penal é utilizado de forma estritamente simbólica, criando criminalizações desnecessárias, acarretadas, dentre outras causas, pela descrença/descredito em outras instituições jurídicas, como o direito administrativo. Tal fato cria a chamada expansão penal ilegítima, dando ao direito penal um fardo que a ele não compete, gerado, principalmente, pela pressão social e midiática frente ao poder legiferante, sendo este nutrido por capital político.

Ante a evolução científica e humanitária, insurgiram dois princípios basilares do direito penal: legalidade e intervenção mínima. Porém, embora crescentes desde o Iluminismo, continuou-se inflacionando a legislação penal, mais uma vez sobressaltando a necessidade de sedimentar teorias. Segundo a teoria funcionalista-teleológica de Claus Roxin, os conceitos do direito penal serão sempre carregados com base em sua função, qual seja, a proteção subsidiária de bens jurídicos, imprescindíveis à paz social e que estejam constitucionalmente estabelecidos.

Portanto, em primeira conclusão intermediária, tem-se que o direito penal deve ser usado apenas quando os demais ramos do direito não tiverem força suficiente para realizar a proteção dos bens jurídicos. Dito isso, quando outros ramos as demais sanções jurídicas conseguirem garantir uma sociedade segura, deve ser o direito penal dispensado, visto que a liberdade dos cidadãos deve ser minimamente afetada, evitando uma pena inútil/ilegítima por mero arbítrio legislativo.

Sob nenhuma hipótese, o Estado poderá abrir mão do direito penal, a fim de que seja garantida sua própria existência, visto que o direito penal é mais um meio que o Estado tem para garantir o controle dos ímpetos egoísticos de seus membros. Nesse contexto, conceituar pena, portanto, faz-se de suma importância, a fim de evitar

arbítrios por parte dos poderes constituídos, guiando-os na melhor técnica. Luís Greco, catedrático da Universidade Humboldt de Berlim, após extenso estudo nas teorias de Feuerbach que trabalham a pena, defende que há algo na sanção criminal que a diferencia das outras sanções jurídicas, não podendo ser apenas seu caráter comunicativo ou sua gravidade, tendo em vista que outras sanções podem comunicar reprovação, enquanto que a gravidade (critério sensorial) é um critério de todo subjetivo, em que sanções administrativas também podem infligir grande dor ao indivíduo. Com base no critério de Greco, deve-se obter um conceito de pena através de um conceito qualitativo e não quantitativo, i.e., não o quanto ele atinge, mas o que ele atinge.

Em segunda conclusão intermediária, a pena é a única sanção jurídica capaz de tocar direitos de uma natureza especial, quais sejam, a vida, a liberdade de locomoção e a integridade corporal, representando, respectivamente, as penas de morte, privação de liberdade e castigo físico. Em razão da pena de morte e de castigos físicos serem banidos do ordenamento jurídico pátrio, qualquer pena que sequer ameace tocar em privação de liberdade, será uma pena apenas no sentido formal, de modo que, se o Estado não se dispõe a encarcerar alguém, não deveria o direito penal ser invocado, causando violação ao princípio da intervenção mínima.

Nos dias hodiernos, a pena de multa, quando não adimplida pelo condenado, acarreta a sua conversão em dívida ativa da União, devendo ser executada como um tributo não pago pelo contribuinte, por exemplo. Tal dinâmica foi instituída pela Lei nº 9.268/96, até então o inadimplemento era convertido em pena de prisão substitutiva. No Ordenamento Jurídico alemão e português, houve um desmembramento de alguns atos considerados crimes para serem considerados infrações administrativas, culminando multa simples, mantendo a pena de multa apenas para o que é considerado crime. A diferença principal é que a pena de multa é convertida em privação de liberdade substitutiva, em caso de inadimplemento, enquanto que a multa simples não.

Conclui-se, ao fim, portanto, que, por não mais ameaçar tocar um direito inato, que a pena de multa no Brasil viola o princípio da intervenção mínima, tornando-se ilegítima nos moldes atuais, necessitando de uma revisão. Sugeriu-se, a fim de extinguir a ilegitimidade existente, o mesmo caminho adotado por Alemanha e Portugal, descriminalizando condutas que o Estado não está interessado pela possibilidade do encarceramento, criando um direito das contraordenações, no âmbito

do direito administrativo sancionador, substituindo, também, o direito das contravenções, e retornando à pena de prisão substitutiva pelo inadimplemento da pena de multa.

Destaca-se a ausência de pesquisas jurídicas sobre o tema trabalhado, fazendo-se necessário que haja uma cooperação entre academia e poder legiferante, a fim de que, após correto debate de ideias, seja solucionada a ilegitimidade perpetrada pelos moldes da pena de multa no Brasil.

## REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória – BA, v. 15, n. 1, p. 33-69, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v15i1>.
- AGUILERA PORTALES, Rafael; LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho. *In*: ORTEGA GOMERO, Santiago. **Razonamiento e interpretación jurídica**. Lima, Peru: Ara, 2009, p. 407-437.
- ALMEIDA, Sara Cristina Carvalho. **Direito das contraordenações: âmbito da jurisdição**. 2021. 60 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Porto. Porto, Portugal. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/137245/2/511805.pdf>.
- BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Brasília: Conselho editorial do Senado Federal, 2004.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública– arts. 213 a 311-A – v. 4**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. 26. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado de pensamento de Emanuel Kant**. 2ª ed. – São Paulo: Mandarim, 2000.
- BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. **Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material**. 2013. 902 f. Tese (doutoramento em ciências jurídico-penais) – Curso de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, Portugal. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/23886/1/Crimes%20e%20Contra-Ordena%C3%A7%C3%B5es.pdf>.
- BRASIL. **Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 726, de 1995**. Acesso em: 05 nov. 2023. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24AGO1995.pdf#page=23>.
- BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências**.

Acesso em: 20 set. 2023. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art51](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art51).

BRASIL. Lei nº 8429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)**. Acesso em: 16 out. 2023. Disponível em:  
[https://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm).

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Acesso em: 05 nov. 2023. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm).

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências**. Acesso em: 05 nov. 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 – DF. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO**. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo, 09 de setembro de 2015. Acesso em: 05 nov. 2023. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. – Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CASANOVA, Nuno Salazar; MONTEIRO, Claudio. Comentários à lei-quadro das contra-ordenações ambientais. **Revista actualidad jurídica Uriá Menéndez**, n. 16, ano 2007, p. 56-73. Acesso em: 05 nov. 2023. Disponível em:  
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1740/documento/art04.pdf?id=2137>.

CAVALCANTI, Rodrigo. A relação entre a expansão punitivista e a economia do crime no combate à criminalidade. *In*: GRUPO NOTORIUM. **Temas relevantes de direito e processo penal**. Fortaleza: Expressão gráfica e editora, 2023.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. 4. ed., São Paulo: MAKRON Books, 1996.

FERREIRA, Carolina Cutrupi. **Política penitenciária nacional (1976-2018):** arranjos institucionais e instrumentos de produção estatística. - São Paulo: IBCCRIM, 2022 (Concurso de Monografias). Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/790/6>. Acesso em: 05 nov. 2023.

FILHO, Raul Araújo. Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2015. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Doutrina:** edição comemorativa 25 anos. Brasília: 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/download/1117/1051>.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Petrópolis: Editora vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. O direito penal e serviço da “cultura da satisfação” *in:* IBCCRIM. **Boletim IBCCrim**, ano 3, nº 33, Setembro/1995, p. 33-32.

GUILLEBAUD, Jean-Claude. **A reinvenção do mundo:** um adeus ao século XX. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forme e poder de um estado eclesiástico e civil**. 3. ed. – São Paulo: Abril cultural, 1983.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**, volume I, tomo I: arts. 1º ao 10. 5ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal:** parte general. 5. edición, renovada y ampliada. Granada – Espanha: Editorial Comares, 2002.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional:** a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva: 2012. ,+69

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. – Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARACAJÁ, Luciano de Almeida. **Crimes sexuais:** uma releitura dos tipos penais. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

MARACAJÁ, Luciano de Almeida. **O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira: contributo para a compreensão do bem jurídico-penal**. Tese (doutorado) – Universidade de Coimbra, Coimbra – Portugal, 2019. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/92299?locale=pt>.

MARACAJÁ, Luciano de Almeida. Princípios constitucionais penais: uma (re)leitura do princípio da individualização da pena. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3858, 23 jan. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26492>. Acesso em: 19 out. 2023.

MASSON, Cléber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120) – vol.1. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de *et al.* Considerações sobre a multa em face da Lei 9.268/96. **Revista Brasileira de Ciências Criminas - RBCCRIM**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 95-104, jul./set. 1997. Acesso em: 20 set. 2023. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=18288](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18288).

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. **Pena e racionalidade: a função comunicativa e estratégica da sanção penal na tipologia habermasiana**. – 2011. 226 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/8442/1/TARSIS%20BARRETO%20OLIVEIRA%20-%20TESE.pdf>

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 138, de 14 de agosto de 1996. **Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 92/3/EURATOM**. Acesso em: 05 nov. 2023. Disponível em: <https://www.asf.com.pt/biblioteca/Catalogo/winlibimg.aspx?skey=E98EECD971C8487C9A6A88D24AB577A2&doc=11212&img=684>.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 433, de 27 de outubro de 1982. **Institui o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo**. Acesso em: 05 nov. 2023. Disponível em: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=166&nversao=&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=166&nversao=&tabela=leis&so_miolo=).

PORTUGAL. Lei nº 30, de 29 de novembro de 2000. **Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica**. Acesso em: 05 nov. 2023. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/30-2000-599720>.

PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: Parte geral, volume 1**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2ª ed. — Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, tomo I (traducción de la 2. edición alemana). Madrid – Espanha: Civitas, 2003.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Fernanda Nascimento dos; ARAÚJO, Iago Barbosa Silva. A pena de multa no Brasil analisada à luz da ontologia da pena. **Revista Avant**, [S. l.], v. 7, n. 1, 2023. Acesso em: 26 out. 2023. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/6354>.

SANTOS, Franklyn Milton Pereira. **Estupro de vulnerável e a ineficácia da pena**. 2021. Artigo científico – Trabalho de Conclusão de Curso – (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1698/1/FRANKLYN%20MILTON%20PEREIRA%20SANTOS.pdf>.

SANTOS, Luciano Gomes dos. Teodiceia: a origem do mal no pensamento do filósofo Leibniz. **Revista Pensar** - Revista Eletrônica da Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE), v.8, n.2, p. 241-252, 2017.

SOUSA, Israel Coelho de. **Tensões e interações entre judeus e cristãos em Portugal no final do século XV**. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal de Goiás, 137 f. 2007.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal e execução penal**. 18. ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2023.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. 4. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2011.