ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO

**FINALIDADES DA PENA, CONCEITO MATERIAL DE DELITO
E SISTEMA PENAL INTEGRAL**

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor.

Orientador: Professor Titular **Sérgio Salomão Shecaira**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2008

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	005
PARTE 1 SISTEMA E ESTRUTURAS DO DELITO	010
1 SISTEMA JURÍDICO-PENAL	010
1.1 Sistema Aberto e Sistema Fechado	010
1.2 Idéia de Fim em Direito Penal	017
1.2.1 <i>Bem Jurídico-Penal</i>	<i>020</i>
1.2.2 <i>Missão Preventiva do Direito Penal</i>	<i>026</i>
1.3 Orientação Teleológica do Direito Penal	031
2 SISTEMAS NAS ESCOLAS JURÍDICO-PENAIAS	035
2.1 Período Clássico	035
2.2 Positivismo	040
2.3 Neokantismo	045
2.4 Finalismo	049
2.5 Funcionalismo	056
2.6 Sistemas Penais na Legislação Brasileira	062
2.7 Sistemas e Abertura Cognitiva Pretendida	069
3 NORMA PENAL	073
3.1 Direito Penal e Conjunto Normativo	073

3.2	Normas Penais como Normas de Determinação	078
3.2.1	<i>Norma Primária ou Norma de Conduta</i>	086
3.2.2	<i>Norma Secundária ou Norma de Sanção</i>	092
3.3	Teoria do Delito e Teoria das Normas	097
4	ESTRUTURAS DO DELITO	102
4.1	Teoria do Delito como Pressuposto de Punibilidade	102
4.2	Norma Primária e Antijuridicidade	106
4.2.1	<i>Conceito Material de Injusto</i>	112
4.2.2	<i>Problema da Tipicidade Penal</i>	117
4.2.3	<i>Merecimento de Pena</i>	121
4.3	Norma Secundária e Culpabilidade	128
4.3.1	<i>Tipicidade ex post, Requisitos de Punibilidade e Princípio da Lesividade</i>	140
4.3.2	<i>Proposta de Claus Roxin</i>	144
4.3.3	<i>Necessidade de Pena</i>	149
PARTE 2	SANÇÃO PENAL E CONCEITO MATERIAL DE DELITO	155
1	JUSTIFICATIVAS DA SANÇÃO EM DIREITO PENAL	155
1.1	Fins Empíricos e Necessidades Lógicas da Sanção Jurídica	155
1.2	Retribuição ou Teoria Absoluta da Pena	163

1.3	Prevenção Geral Negativa e a Prevenção Especial	172
1.4	Prevenção Geral Positiva	186
1.5	Direito Penal Brasileiro e a Positivização dos Fins da Pena	200
1.6	Referências Críticas: Fins Possíveis da Pena e Dogmática Penal	207
2	CONCEITO MATERIAL DE DELITO	219
2.1	Razões do Conceito	219
2.2	Dimensão Jurídica e Política do Conceito	222
2.3	Conceito Material de Delito, Bem Jurídico e Pena	227
2.3.1	<i>Direito Penal Subsidiário e Fragmentário</i>	233
2.3.2	<i>Determinação Judicial da Pena: Ameaça e Imposição Concreta</i>	240
3	CONCEITO MATERIAL DE DELITO E NECESSIDADE DE PENA	247
3.1	Um Ideal Limitador: O Sistema Integral de Direito Penal	247
3.2	Pena Privativa de Liberdade e Proteção de Bens Jurídicos	254
3.3	Culpabilidade, Norma Secundária e Necessidade de Efetivação Punitiva	259
3.4	Sistema Aberto e Limitação da Imposição de Pena: Causas de Exclusão Normativas	266
	CONCLUSÕES	270
	RESUMO	275
	ABSTRACT	276
	RIASSUNTO	277
	BIBLIOGRAFIA	278

INTRODUÇÃO

Muitas obras já foram escritas e estudadas a respeito da expansão do Direito penal contemporâneo. Autores nacionais e estrangeiros debruçaram suas atenções para os novos contornos do sistema criminal na atualidade. Igualmente, muitos modelos teóricos de compreensão da sociedade moderna são, tantas vezes, utilizados, buscando-se facilitar a visualização concreta dos marcos punitivos e, de alguma forma, outorgar-lhes algum significado ou conteúdo explicativo. As abordagens são as mais diversas. Em certos momentos, são descritivas e, em outros, dotadas de forte colorido reflexivo, capazes de balizar uma crítica feroz ou se preocupar com estratégias dogmáticas de contenção da excessiva criminalização.

O fato concreto, entretanto, parece ser um tanto quanto pacífico. Em primeiro lugar, as antigas zonas de indiferença criminal são sensivelmente constrictas. Com isso se quer dizer que gradativamente instâncias sociais anteriormente tuteladas por formas normativas não-penais alcançam seu grau de relevância neste campo. A fragmentariedade do modelo é vista, por isso, menos nítida. Os campos de não-aplicação da lógica da pena diminuem. A dinâmica da *ultima ratio* é substituída pela *prima ratio*, ou seja, a subsidiariedade percebe a erosão de sua conceituação mais tradicional. O Direito penal do delito sai de cena. Em seu lugar entra uma espécie de Direito penal da pena. Trata-se, assim, de uma expansão horizontal do marco punitivo, dado que significativa parte dos bens jurídicos são convertidos à categoria de merecedores de tutela penal.

Uma segunda constatação também é simples. Esta expansão do Direito penal possui como elemento intrínseco o recrudescimento das penas, notadamente a privativa de liberdade. Esse fenômeno ocorre em dupla medida. De um lado, os novos tipos penais, frutos de opções políticas de criminalização, comumente cominam sanções proporcionalmente mais graves se cotejadas com os delitos tradicionais. Destarte, cuida-se de uma tendência verificada de maior rigor legislativo, causando, dentro do ordenamento penal como um todo, sério problema de proporcionalidade interna. Por outro lado, delitos já consagrados, por meio de reformas legislativas pontuais, verificam o aumento da gravidade de suas punições. Esta

dinâmica obedece muito mais regras extraídas da incidência massiva ou simbólica de ocorrências comportamentais do que propriamente da referência à agressão que estas representam em face do bem jurídico (proporcionalidade externa).

Uma última constatação merece ser mencionada: o sistema penal, além de mais extenso e cruel, torna-se impaciente. Verifica-se não apenas uma expansão horizontal, mas igualmente uma expansão vertical. O problema aqui está na desenfreada antecipação de tutela, na utilização de tipificações de perigo abstrato e nos crimes de mera conduta, os quais estão regidos por uma noção de periculosidade muito pouco apta a justificar a proteção penal do bem jurídico. O desespero protecionista, sem dúvida derivado de escolhas do poder, alcança a criminalização de atos meramente preparatórios, havendo um retrocesso no *iter criminis*, como se a realidade fosse reorganizada em cada uma de suas etapas.

Diante deste cenário, resumido em poucas palavras, o presente estudo insere-se no âmbito daqueles que, ao menos pretensamente, deve ser crítico. Por esta razão, almeja propor soluções dogmáticas, as quais articulem uma meta principal: conter a utilização do sistema criminal e da violência representada pela pena. Com isso, é imprescindível a elaboração de um primeiro conceito limitador, dotado de critérios constituintes sucessivos, destinado a evitar que toda e qualquer ilicitude seja convertida em delito. Historicamente, esta fórmula, sempre pouco destinada a consensos, é o conceito material de delito, cuja elaboração, todavia, não pode ser feita apenas sob a lógica de princípios, mas sim articular sobre si outros fatores sociais e dogmáticos. Este é o motivo de se buscar o seu conteúdo por meio das finalidades da pena e, mais ainda, inseri-lo dogmaticamente pela via de uma idéia integral do sistema penal.

Para o desenvolvimento desta tarefa, a presente tese é dividida em duas partes. A primeira, denominada Sistema e Estruturas do Delito, é desenvolvida em quatro capítulos. O que se pretende é construir uma teoria do delito capaz de fazer sobressair, em suas diversas categorias, os juízos político-criminais que lhe são subjacentes. Nesse sentido, a constatação da existência de um crime, verdadeiramente, encerra um juízo de valor, sedimentado em exigências racionais, ou seja, a real capacidade dos instrumentos criminais

em lidar com determinadas situações conflituosas. A teoria das normas e a adoção de um sistema aberto e teleológico são importantes pontos de apoio teóricos.

O primeiro capítulo da Parte 1 destina-se ao estudo do sistema jurídico-penal, ainda que de forma abstrata ou iminentemente teórica. Esta postulação busca aprofundar as utilidades de adoção de um modelo de Direito penal aberto, com orientação teleológica, capaz de permitir à dogmática a incorporação de conhecimentos que não sejam restritos ao universo deôntico do Direito. Aqui está realçada a característica preventiva do sistema criminal, com destaque para a sua missão de proteção aos bens jurídicos mais valiosos, imprescindíveis para a manutenção da vida comunitária. A pena, como peculiar instrumento sancionatório utilizado pelo Estado, deve pressupor esta missão, sendo esta última o seu principal critério de racionalidade.

O segundo capítulo analisa os diversos sistemas existentes em cada uma das mais conhecidas etapas do pensamento jurídico-penal a partir do século XVIII. A atenção está voltada para o método subjacente a cada uma das Escolas, isto é, para a maneira como o Direito penal pode ser concebido enquanto ciência. Assim, evidenciam-se qual o real objeto de estudo de cada um destes momentos, a metodologia empregada e a concepção social da qual se partia. Uma pequena avaliação da legislação brasileira também é realizada, culminando na demarcação acerca da relevância de um modelo cognitivamente aberto e compatível com o manejo de elementos normativos.

O terceiro capítulo preocupa-se com a problemática das normas penais, pois não seria possível a perfeita compreensão da teoria do delito sem a devida percepção do preponderante papel cumprido pela teoria das normas. Assume-se, assim, uma construção dogmática do delito comprometida com a própria conceituação de norma, base última de toda e qualquer elaboração jurídica.

O quarto e último capítulos possuem como finalidade unificar todos os conceitos até então verificados. Cuida-se de detalhada avaliação e reinterpretação das categorias do delito com base nos conceitos normativos extraídos da própria missão

adjudicada ao sistema criminal. O conceito de crime como fato merecedor e necessitado de pena possibilita um novo modelo de compreensão dos momentos da antijuridicidade e da culpabilidade, de tal modo que ambos possam ser verificados por meio das noções elementares de merecimento e necessidade de pena. Isto significa que a avaliação concreta do delito assume nítido traçado teleológico, sopesando a viabilidade da imposição da pena por meio dos próprios limites que esta última pode exercer na realidade social. Todo o conjunto dogmático de pressupostos delitivos ganha novo viés, partindo de um juízo de conformidade à Constituição e com forte vertente de consequência prático-utilitária.

Após esta análise primeira das estruturas e do sistema jurídico-penal, inicia-se um segundo momento, para o qual as demarcações anteriores atuam como verdadeiro pré-requisito. A Parte 2, denominada A Sanção Penal e o Conceito Material de Delito, é dividida em três capítulos, responsáveis pela eleição das finalidades da pena no Estado Democrático de Direito e, mais ainda, pela demonstração das consequências práticas trazidas por este novo enfoque na dinâmica jurídico-penal brasileira.

O primeiro capítulo pretende avaliar as justificativas da sanção no Direito penal. Desse modo, são expostas as idéias reitoras das mais diferentes correntes de pensamento, interligando-as com as respectivas Escolas penais já estudadas na Parte 1. Igualmente, será feita a abordagem da introdução destas finalidades da pena criminal no Direito brasileiro, tendo em vista que nosso Código, por meio da parcial reforma de 1984, resolveu tratá-las de forma positivada e expressa. Ao final do capítulo, realizar-se-á uma tomada de posição, fundamental para o desenvolvimento das postulações subseqüentes e, principalmente, para o preenchimento material das noções de merecimento e de necessidade de pena.

O segundo capítulo é responsável pela definição do conceito material de delito como critério limitador do sistema jurídico-penal, além das implicações que deve alcançar nos âmbitos legislativo e judicial. A relação entre bem jurídico e pena retorna neste ponto com traçado mais concreto. De igual forma, reassume-se o compromisso com um Direito penal subsidiário e fragmentário, no qual os juízos de valor concretos refletem

consequências não apenas para a aferição criteriosa da existência de um delito, mas atingem, até, a própria determinação ou individualização da pena a ser aplicada.

No terceiro capítulo aprofunda-se, de forma mais pontual, a vantagem de um sistema integral de Direito penal edificado sob a égide teleológica. No caso do Direito brasileiro, três problemáticas são encetadas, demonstrando a vantagem e o rendimento de um modelo nestes padrões. Serão salientadas a imprescindível diminuição da incidência da pena privativa de liberdade, a adoção mais ampla das punições alternativas e a possibilidade de se adotarem causas supralegais de exclusão da culpabilidade.

Certamente, muitos questionamentos permanecerão sem respostas. Diversos caminhos necessitam ser verticalizados. De todo o modo, o presente trabalho pretende, de forma harmônica com as potencialidades da cultura jurídico-penal brasileira, almejar um futuro menos punitivo, no qual, acima de tudo, o Estado não esteja disposto a segregar indivíduos, mas sim fomentar um ambiente valorativo para os mais desiguais cidadãos deste país.

PARTE 1 SISTEMA E ESTRUTURAS DO DELITO

1 SISTEMA JURÍDICO-PENAL

1.1 Sistema Aberto e Sistema Fechado

Entre todas as construções do Direito, em suas variadas setorizações dogmáticas, certamente a teoria do delito faz parte daquelas que experimentaram os mais altos graus de desenvolvimento e sofisticação. Talvez mais correto seria até falar em teorias do delito, no plural, tendo em vista o grande número de autores de diversas filiações científicas que já se debruçaram sobre este objeto de estudos e contribuíram com formulações sobre os “... *pressupostos de imposição da pena.*”¹

Aliás, o fato de tratar dos pressupostos de imposição da sanção penal é o que faz da teoria do delito algo tão especial. Sua meta, em última instância, é proporcionar conceitos abstratos que atuem como ferramentas práticas de decisão, capazes de tornar, o máximo possível, previsível e segura a outorga da qualidade de fato punível a este ou aquele comportamento. A busca, portanto, é a uniformização diferenciada da casuística. Harmonizar a diversidade fática sob preceitos comuns e, em consequência, facilitar o exame e a leitura jurídica de casos é uma tarefa que consiste na inclusão e exclusão de ocorrências factuais da abrangência penal. Uma vez incluídas, o trabalho passa a ser a sistematização coerente, de modo a permitir a correta, adequada e proporcional resposta sancionatória.²

¹ A teoria do delito está concebida como um conhecimento sistemático destinado a ordenar os pressupostos da pena. Atualmente, entretanto, muitos autores já afirmam que esta teoria, isoladamente, é insuficiente para abarcar todos os pressupostos para a imposição da sanção penal. Para tais pensadores, o sistema penal deve ser ampliado, integrando “...*más allá del injusto culpable, las premisas constitucionales, las instituciones procesales, así como otros factores de individualización determinantes de la imposición de una pena a un sujeto concreto.*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 21). Trata-se de um **sistema integral de Direito penal**.

² Estes benefícios da teoria do delito, compreendida como um saber sistemático, são abordados por ROXIN. ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Tomo I: Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, pp. 207-210.

Dentro deste contexto, a articulação interna dos elementos da teoria do delito é um aspecto de suma importância. Desde o final do século XIX, momento no qual a ciência em geral viveu interessante traçado experimental, o desenvolvimento da teoria do delito proporcionou constantes reestruturações de conteúdo dos seus elementos formadores, bem como das relações entre eles. O modelo clássico inicial, definido como LISZT-BELING-RADBRUCH,³ sedimentou a idéia de que o delito se aperfeiçoaria com a verificação metódica (ordenada e subseqüente) de três elementos.⁴ O crime passou a ser, pois, significado de uma ação típica (tipicidade), antijurídica (antijuridicidade ou ilicitude) e culpável (culpabilidade).

Não obstante a manutenção, quase sempre, da nomenclatura dos elementos do delito, as alterações desta estruturação delitiva ocorreram de diversas maneiras e por inúmeras razões, culminando, na verdade, em ser um modelo jamais terminado, mas sempre por acabar. Modificações de conteúdo foram feitas tanto por aferições dedutivas, quanto por percepções indutivas voltadas às conseqüências em determinada circunstância histórica.⁵ As relações entre os elementos do crime muito se diferenciaram. Como exemplo, basta um simples lançar de olhos sobre a tensa zona de contato entre tipicidade e antijuridicidade.⁶

³ Estes autores destacaram-se na construção de uma teoria do delito em nítida relação com o conceito causal de ação, próprio do positivismo-naturalista da época. Vide: SERRANO MAÍLLO, Alfonso. **Ensayo sobre el derecho penal como ciencia**: acerca de construcción. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 234 e ss. RADBRUCH, inclusive, foi responsável por buscar um conceito de ação no âmbito penal, quando, originariamente no ano de 1903, entendia que seria necessário estabelecer as características válidas para todas as formas de manifestação delitiva, ou seja, um conceito superior à própria teoria do delito. Vide: ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Tradução Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Editorial Reus, 1976, pp. 84-85.

⁴ Este modelo inicial da teoria do delito ficou conhecido sob a denominação de **sistema clássico do delito**. Esta nomenclatura, entretanto, não deve identificar diretamente este modelo com a chamada Escola Clássica. Este Sistema tem sua confecção mais bem-acabada sob a tutela de autores positivistas, isto é, com a crise do Direito Natural. Os posteriores questionamentos aos corolários positivistas, por sua vez, inspiraram um novo sistema de delito, denominado **sistema neoclássico de delito**, de clara autoria neokantiana, com destaque para MEZGER. Este modelo sofreria ainda inúmeras mudanças até os dias de hoje, destacando-se o surgimento de um **sistema final do delito**, resultado da elaboração da teoria da ação finalista por HANS WELZEL. Sobre esta temática: ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. *Op. cit.*, pp. 196 e ss.

⁵ A orientação voltada às conseqüências que se quer destacar é aquela desenvolvida por ROXIN, originariamente em seu livro **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

⁶ Esta complexa relação entre a tipicidade e a antijuridicidade no cerne da teoria do delito está descrita, entre muitos, por SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992, pp. 390 e ss. Também houve a possibilidade de abordar a problemática quando da elaboração de Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Senão bastasse, além de alterações de conteúdo e da engrenagem interna entre os elementos formadores do crime, há, ainda, uma outra perspectiva de aprofundamento e alteração, qual seja: as possibilidades de conexão externa da teoria do delito, isto é, uma abertura cognitiva. Um verdadeiro giro Copérnico,⁷ tendo em vista que a mais tradicional atribuição dogmática destinada a limitar o poder de punir estatal ganhou um novo e adicional contorno. Para além de limitar o exercício da força, à teoria do delito foi acrescida uma nova missão: a necessidade de concretizar, por meio de seus instrumentos, os fins da pena e do Direito penal.

A congruência deste modelo impôs a transformação do sistema penal. A realização dos fins da pena e, com ela, a missão penal de proteção de bens jurídicos passaram a exigir uma nova conexão dos elementos do delito com concepções valorativas, de cunho normativo.⁸ O sistema penal deve estar destinado às consequências de prevenção. Trata-se de uma repressão para prevenir. Porém, ao mesmo tempo em que se instaura um sistema preventivo, corre-se o risco da expansão do Direito penal, pois é possível pensar que todo e qualquer comportamento socialmente indesejável deve e pode ser prevenido.⁹ Logo, o labor do penalista dirige-se agora, já no cerne deste sistema diferenciado, a limitar a criminalização pelas finalidades que almeja cumprir. Esta contenção do Direito penal não deve ser buscada em dimensões metafísicas, mas sim em suas próprias limitações materiais, ou seja, naquilo que

⁷ Esta expressão está aqui situada especificamente em face da abertura do sistema penal a informações de saberes antes completamente afastados e desinteressantes à ciência jurídica. De todo o modo, o tal giro Copérnico pode ser também verificado na própria concepção funcional em geral, a qual estruturou um sistema com capacidade teleológica bastante diferenciada do neokantismo, já que este possuía no relativismo axiológico (normas de cultura) o seu traço mais marcante. Não parece ser discutível que o funcionalismo, inaugurado por ROXIN, tenha permitido um giro Copérnico no sentido de abrir o caminho para uma série de alterações e questionamentos dogmáticos. Dentre estes, citando a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a imputação objetiva, as novas concepções de ação e omissão, o afastamento do conceito de livre-arbítrio da culpabilidade, vide: SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Op. cit.*, pp. 143-144.

⁸ A importância da preocupação contemporânea nesta relação entre teoria do delito e teoria da pena está assim descrita por GARCIA-PABLOS. Ao apontar as tendências dogmáticas, assevera que: “*Finalmente, cabe destacar el creciente auge y potenciación de la teoría de la pena, tradicionalmente postergada a la teoría del delito. Durante mucho tiempo se pretendió reservar la dogmática para la teoría del delito, y la política criminal para la teoría de la pena: en la actualidad asistimos a un proceso que propugna la unificación de la dogmática y la política criminal, y la revisión de la teoría del delito a la luz de la teoría de la pena.*” (GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**: introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, 1995, p. 62).

⁹ Sobre esta crescente criminalização das mais variadas gamas de comportamento, vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal* : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. *Op. cit.*, 2002. No pensamento jurídico brasileiro, entre outros: SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

é capaz ou não de concretamente oferecer. A prevenção funciona como argumento de limitação, ao invés de justificativa formal para o incremento do sistema criminal.

A construção de um conceito material de delito já demonstrou não ser suficiente por meio da simples busca ou acréscimos de categorias dogmáticas internas e fechadas. Isto principalmente considerando que o arcabouço legislativo, sobre a qual são em parte construídas as categorias do delito, é um espaço de privilégio da política, onde este tipo de limitação não consegue alcançar muitos frutos. Esta é, por exemplo, a razão pela qual o conceito de bem jurídico encontra grandes dificuldades. Sua tendência natural, em dias de alta demanda por repressão, é transformar-se em mero conceito formal, de reduzida capacidade reflexiva.¹⁰

Isso quer dizer que, ao lado do conceito de bem jurídico, o qual ainda pode apresentar significativa importância, devem ser buscadas outras referências, ou seja, conceitos materiais capazes de atravessar todos os elementos do delito. O problema, então, está na obtenção dogmática de um conceito material de delito que possa ser um fator de racionalidade e controle das criminalizações primária e secundária proporcionadas pelo Direito penal. A introdução de conceitos materiais resulta no decréscimo da criminalização. Em suma, diminui a quantidade de fatos que são transformados em delito.¹¹

A limitação do Direito penal nestes moldes propostos, todavia, passa por uma premissa inafastável. A relação entre os conhecimentos sociais e a teoria do delito precisa ser dinâmica e comunicativa, ou seja, de implicação mútua. Isto significa que os conceitos elementares do delito não podem ser formados a partir de inferências sem conteúdo ou por amparo em postulações legisladas sem a menor preocupação com as consequências. Admitir

¹⁰ Esta formalização do conceito de bem jurídico pode ser percebida quando seu questionamento começa a ser posterior à edição normativa, ou seja, o intérprete, para justificar ou criticar determinada legislação, necessita de profundas indagações para descobrir qual seria realmente o valor tutelado. Exemplo desta ocorrência está na lei de lavagem de dinheiro. A respeito deste assunto, vide, entre outros: PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 66-98.

¹¹ Esta afirmativa decorre da qualidade fundamental de um conceito material de delito, eis que é o responsável por converter um fato em delito. Portanto, quanto maiores as exigências materiais, menores serão os fatos compreendidos como crimes. Nesse sentido: FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 193 e ss.

esta relação meramente recursiva e fechada entre o operador e a dogmática redundante na formalização, já que não haverá qualquer possibilidade de integrar e complementar a abstração dos elementos do delito com as considerações valorativas de natureza político-criminal material. Um exemplo pode ser a necessária e produtiva vinculação entre a decisão que determina a pena, submetida a critérios de culpabilidade, e as taxas de reincidência proporcionadas pelas maneiras específicas de punir.¹²

A elaboração de uma teoria do delito que não seja capaz de possibilitar reflexões sobre a criminalização legislada é o mesmo que ratificar o discurso do direito, ou seja, articular elementos para concretizar, quaisquer que sejam, os enunciados do direito positivado (*lege lata*). Para evitar esta mera reprodução jurídica de normas penais destinadas a evitar condutas sem qualquer relevância ou justificativa de criminalização, é imprescindível a abertura do sistema jurídico, não para que assuma posição de referendar a função social do Direito penal através de uma perspectiva sistêmico-formal,¹³ mas para permitir a incorporação dogmática, pela teoria do delito, dos limites construídos a partir dos fins sociais do próprio Direito penal e da missão que a pena democraticamente pode cumprir.¹⁴

Na medida em que se faz esta afirmativa, destinada a conter o Direito penal pelos próprios limites que a pena possui para exercer suas funções, sepultam-se, definitivamente, as possibilidades de trabalhar um modelo cognitivamente fechado. Por mais curioso que possa parecer, a vantagem de rendimento do sistema aberto é permitir que as

¹² Sob esta perspectiva de utilização de dados da realidade, muito interessante é o trabalho de DÍEZ RIPOLLÉS, tendo em vista que resolve realizar considerações político-criminais espanholas a partir de informações e dados concretos sobre as taxas de criminalidade daquele país. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2007.

¹³ Esta forma de pensar é, por exemplo, de JAKOBS, na qual o conteúdo da norma jurídico-penal resta por não apresentar maiores importâncias: JAKOBS, Günther. **Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Tradução Joaquín Cuello Contreras y Jose Luiz Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 43 e ss.

¹⁴ A afirmativa aqui realizada – no sentido de que os fins almejados com a pena devem ser conferidos democraticamente – tem a intenção de ressaltar o necessário vínculo entre o Direito penal e o modelo de Estado politicamente assumido. Isso faz com que o sistema penal tenha de buscar sua legitimidade e limites também na Constituição, submetendo praticamente todas as suas leis a este crivo. A respeito da idéia de um Direito penal constitucional onde “... *prácticamente todas as leyes penales son objeto de un control de constitucionalidad...*”, vide: BARBERO SANTOS, Mariano. Estado constitucional de Derecho y sistema penal. In: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. **La ciencia penal en el umbral del siglo XXI: II Congreso Internacional de Derecho Penal**. Mexico: Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2001, pp. 4 e ss.

correções de suas respostas sejam dadas pelas vias do próprio sistema (fechamento operativo), sem se olvidar do ambiente social (abertura cognitiva).¹⁵

Um sistema fechado, ao contrário, permitiria rever suas decisões de modo extra-sistemático, uma vez que suas categorias não abrem espaço para juízos valorativos em geral. A modificação de rumos de um sistema fechado torna-se, assim, inviável, dado que importa ou na substituição do sistema ou, pior, na completa perda de segurança jurídica. Isso ocorre sempre que as respostas ofertadas pelo sistema fechado, dentro de suas margens de coerência, encontram-se em contradição com as razoavelmente compreendidas pela sociedade na qual se aplicam.¹⁶

Os componentes do sistema fechado normalmente possuem como pressupostos racionais as orientações de natureza filosófica, o que costuma importar na elaboração de uma realidade permanente, não adaptável, tanto por razões axiológicas quanto ontológicas. O modelo é axiomático, dedutivo, no qual todas as etapas de desenvolvimento intelectual estão diretamente conectadas e condicionadas pelos princípios últimos e indispensáveis. Esta concepção sistemática conduz a soluções diferentes daquelas oferecidas por um modelo de orientação teleológica.

Os contornos interpretativos de supostas ancoragens legais, tantas vezes utilizados para incrementar o potencial punitivo das normas penais, são símbolos da clausura sistemática. Exemplo tradicional desta ocorrência está:

- na insistência, por falta de positivação de exclusão expressa;
- na tipificação de condutas, que em nada são capazes de afetar bem jurídico algum e, por isso, não permitem a realização de quaisquer finalidades legítimas da pena;

¹⁵ Acerca destes conceitos, esclarecedor é o artigo: DE GIORGI, Raffaele. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 175 e ss.

¹⁶ Esta conclusão é a mesma de CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 25.

- no desvirtuamento dos conceitos de dolo e culpa, destinado a permitir a tipificação de violações de cuidado como fatos dolosos em razão da magnitude social ou midiática do caso.¹⁷

O sistema fechado nestes moldes não aceita a instância preventivo-racional detrás da norma, a qual tem como base evitar os efeitos nocivos ocasionados pela utilização social do sistema penal. De fato, este não é um problema no cerne de uma estrutura dedutivo-axiomático, razão pela qual não pode funcionar como parâmetro de questionamento dos próprios limites do Direito penal (*lege ferenda*).

O que deve ser entendido como um sistema aberto? Dentro da premissa sobre a qual a tese aqui defendida será construída, um sistema penal que tenha como estruturas informadoras os fins da pena é imprescindível.¹⁸ Para que estas informações cheguem ao nível da construção sistemática do delito, deve-se partir de um modelo de abertura cognitiva e fechamento operativo. Por um lado, as respostas ofertadas pelos elementos dogmáticos serão construídas no cerne da teoria do delito, por meio de suas próprias ramificações, sem a influência de agentes externos ocasionais. Dessa maneira, os elementos do crime constituem, cada qual ao seu modo, os filtros sucessivos e responsáveis por transformar um fato em um delito. Desse modo, mantêm-se a segurança jurídica e o papel limitador do poder de punir adstrito ao desempenho das funções dogmáticas.

Por outro lado, a maneira pela qual os elementos do delito constroem esta transformação do fato em delito não pode ser inconsequente, matemática ou lógico-formal. Evitar esta irresponsabilidade sistemática exige orientação às finalidades da pena, uma vez

¹⁷ O conceito de dolo eventual, definido como o conhecimento da probabilidade de realização do tipo pela ação do agente (PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. V. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 275), tantas vezes confunde-se com o de culpa consciente. A repercussão assumida pelo delito é, não raro, a responsável pela escolha desta ou daquela tipificação. Para esclarecer as dúvidas desta zona de tensão: SHECAIRA, Sérgio Salomão. Crime de trânsito – Responsabilidade objetiva – Dolo eventual e culpa consciente. In: **Estudos de direito penal**. São Paulo: Método, 2007, pp. 95 e ss.

¹⁸ Os conceitos de merecimento e necessidade de pena, até mesmo por razões constitucionais, são importantíssimos e devem ser integrados no sistema penal. Nesse sentido: HAFFKE, Bernhard. El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal. Tradução Jesús-María Silva Sánchez. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. SCHÜNEMANN, Bernd. DIAS, Jorge de Figueiredo. (Coords.). **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995, pp. 129-130.

que, se ausentes tais critérios materiais, não há o que transformar em delito. As correções são feitas ao nível sistemático, pois, na verdade, os mencionados requisitos materiais são constituintes da própria resposta, sempre adaptável, normativa, *a posteriori*.

Na realidade, o Direito penal deverá responder à seguinte pergunta: Quais fatos devem ser credores de pena? O questionamento definitivamente não é simples. Se o Direito penal protege bens jurídicos relevantes, estes já podem atuar como um primeiro, mas não o único, critério. Afinal, se a proteção dos bens jurídicos ocorre por meio da pena, é necessário indagar acerca dos limites, da capacidade que esta possui. Um instrumento pode ser corretamente utilizado se dirigido à sua função, isto é, para a tarefa a que foi concebido e é real e concretamente capaz de realizar.

Para iniciar todas estas reflexões, adicionadas às pontuações dogmáticas que encerram, deve-se partir da premissa ora sedimentada, ou seja, o sistema penal deve ser articulado como um sistema cognitivamente aberto.

1.2 Idéia de Fim em Direito Penal

O Direito penal, visualizado como normas direcionadas a evitar (delitos de ação) ou exigir comportamentos (delitos de omissão), parece esgotar suas finalidades nesta forma jurídica mais perceptível de atuação. Com isso, transparece a impressão de que a estruturação do sistema penal atua pontualmente, ou seja, deseja somente motivar a realização ou a não-ocorrência de determinadas condutas humanas, esparsas e circunstanciais. Esta afirmação, por si mesma, não é incorreta, uma vez que a tipificação de comportamentos importa na criação de figuras reitoras que vislumbram proteger, mediante a coercibilidade jurídica, “... *realidades que se estimam valiosas*.”¹⁹

Estas determinações jurídicas, contudo, possuem uma existência transcendente, para além das figuras especiais estabelecidas em respeito ao princípio da

¹⁹ RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Tradução Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 81.

legalidade. Na verdade, todas elas, unidas, resplandecem um ideal maior, condicionado pela idéia de fim inerente ao sistema criminal.²⁰ Esta idéia de fim, aliás, não é atual. Desde as suas iniciais postulações já foi percebida, inclusive, a necessária correlação entre as finalidades do Direito penal e da pena. Afinal, se ao sistema criminal compete proteger os bens jurídicos socialmente relevantes, caberá ao seu instrumento principal viabilizar esta proteção.²¹

Um modelo exemplar de busca de finalidades foi protagonizado pela obra de VON LISZT. Ao formular célebre embate com o positivismo normativista de BINDING e enxergar fatores positivos nas postulações de IHERING,²² o autor alemão do século XIX reproduz o trajeto histórico que conduziu a própria sociedade a constituir os fins da utilização do Direito e do ato de punir. A pena e, por consequência, o Direito penal transcorreram no sentido da objetivação. A punição abandonou o caráter de cegueira, instintividade, impulsividade e não-determinação pela representação de um fim a ser alcançado.²³ A assunção de finalidades, com a seguida publicização da sanção, permitiu o desenvolvimento dos pressupostos de sua imposição, além do seu conteúdo, alcance e capacidades.

Não é mais possível imaginar o plexo normativo sem vinculação direta aos fins compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Os fins do Direito são

²⁰ A orientação do sistema a partir de fins é bastante importante, eis que implica na própria forma de construir as categorias do delito. Esta problemática sempre esteve presente na evolução das escolas penais: “*En el inicio de cualquier intento de construir un sistema del Derecho penal se halla la cuestión de si los materiales de dicho sistema han de tomarse del lenguaje descriptivo o prescriptivo, esto es, de si los elementos de dicho sistema están constituidos por valores o por estados descriptibles empíricamente. Mientras que el naturalismo y el finalismo tomaron como punto de cardinal del sistema las estructuras ónticas (esto es, preexistentes a la valoración jurídico-penal), desde el punto de vista neokantiano o teleológico el punto de partida debe venir dado por un valor o un fin (esto es, un objetivo reconocido como valioso, por ello, digno de ser perseguido.*” SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Tradução Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 71.

²¹ Nesse sentido: ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²² A vinculação do pensamento de VON LISZT e IHERING é admitida expressamente pelo autor: “*Creo también que mi hipótesis, coincide en lo esencial con la opinión mantenida por V. IHERING en su trabajo ‘Zweck im Recht’ [...] todo su sistema descansa sobre la idea de la coincidencia de los fines, es decir, de la síntesis de los intereses egoístas con el interés de la colectividad. El egoísmo es para él: ‘la fuerza que quiere lo más pequeño, da existencia a lo más grande’; ‘el infusorio – que vive exclusivamente para sí mismo – construye el mundo’.*” (VON LISZT, Franz. **La idea del fin en el derecho penal**: programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Tradução Carlos Pérez del Valle. Granada: Editorial Comares, 1995, p. 54). Na mesma obra, é possível perceber as críticas que o autor dirige ao pensamento de BINDING.

²³ *Ib.*, p. 49.

responsáveis pela sua legitimidade e limitação. Não pode a realidade jurídico-penal ser concebida como um regramento destinado, por exemplo, a evitar comportamentos que impliquem em inobservâncias de regras morais. Igualmente, não pode ser instrumentalizada para a perseguição política, para a contenção da divergência ideológica, para arrefecer pensamentos de questionamento aos modelos atualmente em vigor.²⁴

Em se tratando de um Estado de Direito social, mais do que a garantia das liberdades próprias do pensamento liberal, o sistema criminal deve ter uma postura comprometida. Necessita ser instrumento, dentro de seus próprios limites de rendimento, da consolidação de uma sociedade igualitária, sedimentada sobre a defesa intransigente da dignidade humana. Por esta razão, é preciso, acima de tudo, limitar a sua atuação, já que maior será o respeito aos valores primordiais quanto menor for a incidência concreta do Direito penal. Algumas contribuições para esta tarefa, a qual requer o esforço de muitas instâncias, podem ser dadas pela dogmática.²⁵

Para isto, é imprescindível conceber, desde o início, o conceito de bem jurídico e seu papel na missão da dogmática jurídico-penal. Para além, é necessária a introdução, nesta dogmática, de conceitos valorativos, vinculados à pena, sempre preocupados

²⁴ FRANCESCO PALAZZO, ao avaliar a relação do Direito penal com o Estado de Direito, aponta que as limitações impostas pela Constituição aos legisladores e julgadores não são mais apenas formais, mas devem ser encetadas também sob uma perspectiva material. Nesse sentido, destaca que a pena, enquanto utilização do Direito penal, não pode ser empregada na “... contingencia de la lucha política, y según el cambio de las situaciones, como instrumento de opresión sobre el adversario.” (PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal. Tradução Vanna Andreini. In: **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: 1998, p. 154).

²⁵ Parte-se da premissa de que o método e, por conseguinte, a dogmática jurídico-penal refletem o momento de desenvolvimento político da sociedade. Assim, possuem a missão atual de realizar materialmente, sob seus parâmetros e limites, o Estado Democrático de Direito: “*El ordenamiento jurídico en general y el Derecho penal en particular no pueden ser entendidos al margen de un determinado sistema social; o, lo que es lo mismo, las conductas esperadas en una determinada sociedad son fruto de las relaciones de poder que se dan en la misma. Por tanto, se puede asegurar que el contenido del tipo de injusto atribuido por las distintas corrientes del pensamiento dogmático refleja la elección de un determinado modelo político. Así, el positivismo formal está en estrecha conexión con la idea de Estado de Derecho en donde el juego del principio de la legalidad proporciona seguridad al vincular el juez a conceptos sistemáticos sencillos y comparables. Más tarde, el finalismo abandona los excesos de abstracción característicos de las etapas precedentes erigiendo el ser real de la acción humana en concepto central de la teoría del delito. Con ello se refuerza el contenido del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho penal. Por último, la constante valoración político criminal del quehacer dogmático, propia del último tercio de este siglo, posibilita una rigurosa adecuación de la norma penal al contenido material de la Constitución.*” (SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón. La teoría del delito como sistema ordenado de conocimientos. In: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Júlío. **Derecho y justicia penal en el siglo XXI**. Madrid: Editorial Colex, 2006, pp. 457-458).

com a capacidade concreta da punição em realizar os fins compatíveis com o atual estágio da civilização.

1.2.1 *Bem Jurídico-Penal*

Não parece haver muitas dúvidas, em que pese unanimidades dificilmente existirem, que o conceito de bem jurídico apresenta grande importância para a articulação dos fins últimos do Direito penal. Genericamente, a definição básica de bem jurídico penal poderia ser explicitada como o objeto ideal concretizável capaz de, ao mesmo tempo, legitimar e ser protegido pela norma jurídico-penal.²⁶ Assim, este bem legitima a norma porque por ela é protegido, enquanto pode ser protegido criminalmente se for capaz de legitimá-la. O bem penalmente relevante pode legitimar sua própria proteção, somente em face deste haverá uma norma penal disposta a resguardá-lo.

A avaliação da norma penal como protetora e direcionada à figura do bem jurídico protegido permite uma prática reflexiva capaz de se sobrepor – e questionar – às elaborações tanto legislativas quanto judiciais. Isto quer dizer que o conceito cumpre funções relacionadas à interpretação do sentido da norma e à conferência de sua própria legitimidade criminal, sempre com histórico viés limitador. É evidente que, se o objeto penalmente relevante pode ser protegido, todas as demais normas que a ele não se referem são, por isso, carecedoras de legitimidade.

A dinâmica judiciária tem a possibilidade de utilização do conceito com a finalidade de compreender a real extensão ou gravidade (lesividade) da conduta potencialmente subsumida à norma, derivando daí o debate a respeito da razoabilidade de operacionalização, a princípio, da sanção jurídico-penal. A pergunta colocada a respeito é a seguinte: Quais comportamentos concretos podem realmente afetar o bem jurídico com intensidade penal significativa?

²⁶ A definição de bem jurídico poderia ser ofertada da seguinte forma: “*Con el concepto de bien jurídico se quiere expresar en forma sintética el objeto jurídico concreto protegido por cada prohibición o mandato para con ello dar fundamento racional al sistema penal.*” (HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**: el objeto protegido por la norma penal. Barcelona: PPU, 1991, p. 139).

No plano legislativo, a questão é também importante, já que a relevância do bem jurídico protegido, isto é, sua capacidade de ser penal, será um fator elementar para a outorga de legitimidade à determinada conduta abstrata admitida como delitiva. Conforme mencionado, não são todos os bens jurídicos que podem ser protegidos penalmente. Para reunir esta capacidade, são necessárias, sempre, a ponderação acerca de sua relevância para a interação dos indivíduos na comunidade e a possibilidade do Direito penal em realmente protegê-lo daquela agressão específica.

Na verdade, poder-se-ia dizer que o Direito penal se legitima enquanto segmento jurídico dotado das mais incisivas das sanções, na medida em que sua tarefa está adstrita à exclusiva proteção de bens jurídicos socialmente relevantes. A premissa, detrás desta afirmação, é a carência constante de contenção do poder estatal na utilização do sistema criminal,²⁷ reduzindo os castigos tão-somente às situações de real imprescindibilidade. Conforme demonstrado, o bem jurídico é uma das consagradas balizas de limitação do poder, almejando evitar, simultaneamente, criminalizações primárias (momento legislativo) e secundárias (momento judicial) desenfreadas: visa impedir a banalização da normatividade criminal e as suas conseqüências nocivas.

Duas questões colocam-se de imediato. A primeira refere-se ao fato do bem jurídico, não obstante sua missão não ser isoladamente suficiente para permitir um sistema penal que, de fato, possua racionalidade e ponderação na aplicação de suas conseqüências.²⁸ Isto pode ser inferido do significativo crescimento do número dos tipos incriminadores nas mais variadas legislações extravagantes no Brasil e no estrangeiro. A diminuição das zonas de indiferença ao Direito penal espelha o incremento de novos setores

²⁷ Importa destacar que FEUERBACH, já na primeira metade do século XVIII, apontava a necessidade de limitação das proibições legais em benefício do cidadão, cabendo ao Estado a posição de garantidor dos direitos subjetivos estatuídos no contrato social. Portanto, se vislumbra que a finalidade do conceito o acompanha desde suas formulações mais incipientes, resultado das elaborações contratualista e racional do Iluminismo. Devia-se definir como ilegal apenas “...las acciones perjudiciales a la sociedad.” Nesse sentido: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Op. cit, p. 13.

²⁸ No sentido de que o bem jurídico isoladamente não é capaz de definir todas as hipóteses de necessária intervenção penal: “...el Derecho penal es necesario cuando lo exige la protección de bienes jurídicos. Soy de los que han subrayado en nuestro país la función limitadora que ello atribuye al concepto de bien jurídico, pero también estoy convencido de que dicho concepto no basta para decidir cuándo es necesaria su protección por el Derecho penal...” (MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2006, p. 85).

sociais protegidos, o que significa sempre um acréscimo no conjunto global de comportamentos capazes de se referirem, em tese, a bens jurídicos penalmente relevantes.²⁹ A pergunta que remanesce, então, é relacionada ao problema destes novos paradigmas delitivos vinculados aos atuais bens jurídicos (individuais e coletivos). Afinal, será sempre de substancial importância redimensionar o conceito de bem jurídico com relevância penal – ou abandoná-lo completamente – se o interesse for manter esta nova criminalidade dentro do círculo das tipificações dotadas de alguma legitimidade.

Este redimensionamento forçado, contudo, dificilmente deverá ser capaz de abarcar todas as novas espécies e seus conteúdos delitivos, frutos da modernidade.³⁰ Para se ter uma idéia, a aceitação de bens jurídicos coletivos penalmente relevantes, o que já é algo bastante questionado para uma concepção como a da Escola de Frankfurt,³¹ não pode implicar, sob pena de se esvaziar completamente, na admissão da ameaça penal para comportamentos inseridos em qualquer instância de interação coletiva. Aceitar os bens coletivos penais não significa uma alforria para a irracionalidade penal. Assim, o meio ambiente, por exemplo, até pode ser considerado um bem digno de tutela; todavia, isto talvez não possa ser dito em relação às espécies delitivas destinadas à defesa do sistema financeiro. Mais do que isso, nos

²⁹ Com a mesma crítica acerca dos limites teóricos do conceito de bem jurídico MÜSSIG inicia sua obra. Ao mencionar o aumento legislativo alemão nas últimas duas décadas, pondera o autor: “*Vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, estos tipos penales constituyen supuestos de ‘criminalización en estadio previo a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, se encuentran establecidos en sanciones desproporcionadamente altas, sin conexión con el ‘ámbito nuclear’ del derecho penal.*” (MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal**: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico hacia el sistema. Tradução Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 11).

³⁰ Percebendo claramente este problema: “*O primeiro limite, portanto, a ser examinado é o limite material do conteúdo da norma incriminadora, que deve visar à proteção de valores fundamentais à convivência social. Esta questão tem hoje imenso relevo diante do avassalador processo de criminalização, operado por meio de uma inflação legislativa penal que conduz a uma contínua administrativização do Direito Penal, um neo-absolutismo criador de ‘infinitas e inevitáveis ocasiões de violação’.*” (REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 21).

³¹ Ilustrativa da Escola de Frankfurt a seguinte passagem de HASSEMER: “*Os bens jurídicos atualmente sob proteção penal diferenciam-se daqueles que antes predominavam no Direito Penal. Não se trata mais da vida ou da liberdade de cada indivíduo, mas de bens jurídicos reunidos sob conceituação muito abrangente: a saúde do povo ou o funcionamento do sistema de subvenções. Sob tão ampla cobertura, quase todas as proibições encontram abrigo; essa nova conceituação de bem jurídico poupa o legislador de quebrar a cabeça para encontrar suas novas proibições em algum bem jurídico tradicional. Sob conceituação assim tão abrangente, isso será sempre possível.*” (HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Tradução Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 290). Esta constatação feita por HASSEMER nada mais significa que um processo de formalização do bem jurídico, ou seja, de perda de conteúdo limitador.

casos de bens coletivos dignos de tutela, é essencial que o conceito de bem jurídico cumpra sua tarefa de selecionar quais são os comportamentos que o afetem com relevância penal, de modo com que se faça uma segunda clivagem sincronizada com o princípio da lesividade.

Não é porque o meio ambiente fora aceito como passível de tutela penal que todo e qualquer conteúdo de agressão ambiental deva se configurar como um injusto penal material. A aceitação do bem jurídico não pode pressupor toda e qualquer forma de proteção, derivando daí toda a problemática que converge na temática da legalidade e da tipicidade, tais como: os delitos de perigo abstrato (“... *crimes de mera conduta perigosa*”),³² as normas penais em branco e a acessoriedade administrativa. Estes exemplos são demonstrativos do desespero protecionista ao bem jurídico, até como reflexo da crise de eficácia do direito em geral.

No entanto, toda esta questão deriva em outra. A grande dificuldade de rendimento do bem jurídico como elemento fecundo na limitação do Direito penal reside ainda na complexidade da elaboração de seu conceito. O bem jurídico penal, em primeiro lugar, acaba não se diferenciando do bem jurídico geral, o que culmina em uma relação de igualdade consideravelmente propulsora da expansão do Direito penal. Desta feita, assume-se meramente uma postura tópica positivista. Há que se diferenciar um do outro, ou seja, demarcar qual o *plus* material que transforma em penal o bem jurídico geral.

Em segundo lugar, esta dificuldade operacional de diferenciação – derivada do déficit teórico do conteúdo – deriva na formalização do conceito, o que, aliás, é uma tendência dogmática extremamente comum a todos os institutos do Direito.³³ Com isso, o bem jurídico penal passa a ser aquele que está protegido pela lei penal.

³² Utilizando esta expressão no Brasil: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 107 e ss.

³³ Esta formalização incapaz de qualquer função limitadora pode ser percebida, por exemplo, em um conceito dogmático de bem jurídico, explicitado através da afirmação de que o bem jurídico é todo e qualquer bem protegido pelo Direito. Esta postura estritamente positivista resulta em uma circularidade que faz com que o conceito não tenha utilidade, servindo apenas para reafirmar o quanto já postulado pelo ordenamento. Nesse sentido: MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 86. A evolução do conceito de bem jurídico e suas contextualizações históricas, desde as teses de BIRNBAUM, responsáveis pela substituição da noção de Direito subjetivo pela substituição de bem, podem ser verificadas em: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Op. cit.*, pp. 19 e ss. Do mesmo modo, evolução histórica do tema está em: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática**. Buenos Aires: IB de F, 2004, pp. 11 e ss.

Esta formalização deve ser rechaçada, pois um conteúdo limitador material poderá ser capaz de funcionar como mecanismo de conferência da legitimidade do Direito penal. Tão-somente um conteúdo material de bem jurídico, extraído de uma opção político criminal, pode resultar no início da formação de um conceito material de delito. Se o Direito penal persegue determinados fins e estes englobam a proteção do bem jurídico como um dos elementos construtivo do delito, é basilar definir esta sua participação, inclusive de modo a articulá-la com a teoria da pena para, finalmente, estabelecer um “... *conteúdo material de efetiva limitação ao injusto culpável e à aplicação concreta da sanção.*”³⁴

Esta relação entre o bem jurídico e o injusto culpável – capaz de iniciar a formação de um conceito material de delito – resulta das atribuições que a literatura jurídica oferta ao primeiro. Ao lado das atribuições de cunho sistemático e classificatório, como a possibilidade de agrupamento de tipos penais na parte especial dos códigos, o conceito apresenta função político-criminal e função dogmática. Aliás, esta última (destinada à aplicabilidade concreta do Direito penal) é que permitirá a inserção da política criminal na teoria do delito.³⁵ Enfim, o bem jurídico deve ser um conceito orientado político-criminalmente que atue de forma dogmática como um dos pressupostos de imposição da pena.

Na medida em que a teoria do delito tenha como missão a atribuição da responsabilidade penal a alguém quando da prática de um ato de presumida violação da norma de conduta, o bem jurídico, como ferramenta interpretativa, permitirá a verificação *in casu* do real conteúdo (ofensividade) da infração. Sua infiltração nos elementos da teoria do delito possibilitará indagar, em conjunto com as demais estruturas, se aquela conduta, de fato, possui relevância criminal, coloca-o em risco relevante de lesão ou, como se prefere, se há merecimento de pena, isto é, se a pena criminal é adequada e proporcional para aquela específica proteção. Há, destarte, um juízo deontológico.

³⁴ Esta relação entre teoria da pena e bem jurídico não se trata de nenhuma inovação. Na medida em que ao bem jurídico compete, em parte, a legitimação do poder estatal, sua conexão com a idéia da pena se fez exatamente neste ponto. Afinal, há uma ligação umbilical entre a racionalidade da teoria do Estado e da pena. Nesse sentido: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Op. cit.*, p. 139.

³⁵ “La función dogmática significa, pues, el enlace entre el bien jurídico y la teoría de la interpretación; la conexión interna e inescindible entre teoría del delito e política criminal. Dicha función implica valorar la ofensividad al bien jurídico desde los estratos analíticos de la teoría del ilícito penal...” (FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, pp. 150-151).

Em resumo, o conceito apresenta-se dogmaticamente como a ferramenta capaz de auxiliar o sistema a responder se realmente deseja, em sentido jurídico, reagir perante aquela infração. Em outras palavras, se a suposta infração colocada sob análise está dentro do grupo de condutas que o Direito penal pode visar, desejar e querer reprimir. Eis aí a decisiva participação do bem jurídico para a consecução dos reais fins do Direito penal, dado que atua político-criminalmente desde a avaliação legislativa até a adjetivação judicial de um fato como criminoso.

Esta relação entre o bem jurídico, a sanção penal e os fins do Direito penal é percebida já na própria definição do primeiro conceito. Os bens jurídicos, conforme mencionado, são aqueles indispensáveis para a convivência humana, devendo, para tanto, ser protegidos pelo poder do Estado consubstanciado na pena.³⁶ Só que, se a pena deve protegê-los, isto pode ocorrer naquelas situações em que esta pena é a única forma de proteção juridicamente capaz de cumprir tal tarefa, ou seja, além de ser proporcional, é também a *ultima ratio*. Caso o bem jurídico possa ser protegido por outro instrumento normativo não-penal, tampouco haverá razão para a cominação da pena, por inexistir qualquer finalidade coerente a ser cumprida pelo sistema criminal. O conceito de relevância penal do bem jurídico não deriva de sua importância estática, mas da impossibilidade de ser protegido de outro modo. A pena deve ser merecida, insubstituível.

Esta é, para fins do interesse deste trabalho, a dimensão necessária do bem jurídico. O sistema penal pode protegê-los de determinadas formas de agressão. Desse modo, coloca-se uma série de enunciados aptos a conferir a legitimidade penal da norma, da conduta que a infringe e dos requisitos da sanção:

- O bem jurídico apresenta relevância penal – princípio da fragmentariedade penal.
- Os demais sistemas jurídicos são incapazes de protegê-lo destas espécies-tipificadas de comportamentos agressivos – princípio da subsidiariedade penal.

³⁶ Nesse sentido: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, p. 103.

- O comportamento coloca *ex ante* o bem jurídico em risco relevante de lesão.
- O comportamento realmente submeteu *ex post* o bem jurídico à lesão ou à ameaça de lesão.³⁷

Nota-se que todas estas assertivas possuem como referencial o conceito, o que ilustra, no sistema aqui proposto, as importâncias estruturais que mantém.

Esta tarefa dogmática do bem jurídico, a qual incorpora toda a sua dimensão político-criminal, aperfeiçoa-o como fundamental na definição da missão do Direito penal. Acontece que a missão do sistema criminal realiza-se também dogmaticamente, estipulando os pressupostos necessários para a imposição da pena. Imprescindível, desse modo, perceber, ainda em linhas introdutórias, como o bem jurídico, objeto da missão penal, engendra seu posicionamento na sistemática do delito; em outras palavras, como auxilia e limita a transformação de um fato em um injusto culpável.

1.2.2 Missão Preventiva do Direito Penal

Ao se destacar que a missão do Direito penal é a proteção de bens jurídicos relevantes, não se quer dizer que esta tarefa venha sendo devidamente cumprida pela legislação e órgãos formais de controle contemporâneos. Trata-se, sim, de um modelo limite, ideal, o qual este trabalho vislumbra reiterar e propor. Por esta razão, a expressão utilizada é missão e não função. Embora estas palavras sejam comumente utilizadas como sinônimos, mais preferível se faz uma utilização diferenciada, na qual missão, ao contrário de função, significa as conseqüências desejadas, queridas de alguma coisa. A tarefa de proteção de bens jurídicos pelo Direito penal é um desejo, uma vontade atinente à sua realidade concreta.

O conceito de função, por sua vez, deve ser postulado de maneira sociológica, querendo significar as conseqüências objetivas de uma coisa,³⁸ desejadas ou não,

³⁷ Sobre os princípios de fragmentariedade, subsidiariedade e intervenção mínima no Direito penal brasileiro: PRADO, Luiz Régis. *Op.cit.*, pp. 149 e ss.

percebidas ou ocultadas. A função do Direito penal não é aqui o problema principal, ainda que não possa ser desprezado. O que é questionado é como ele deve ser, considerando um Estado Democrático de Direito, as estruturas de valoração da dignidade humana, bem como as limitações possibilitadas pelo trabalho dogmático, que recaem sobre o direito estatal de castigar.

No tocante às características já analisadas do bem jurídico penal, as ponderações de MIR PUIG são de extrema importância, no sentido de que o conceito político-criminal deve se sobressair em face de uma visão estritamente dogmática, de pouco rendimento limitador. Não basta alçar à qualidade de bem jurídico penal tudo aquilo que está ou poderia estar reconhecido pelo Direito.³⁹ A aferição de conteúdo vincula-se ao Estado de Direito, o que obriga, desde sempre, a exclusão da proteção penal de condutas afrontosas apenas moralmente,⁴⁰ sem qualquer dinâmica lesiva aos sistemas sociais. Para que o bem possa ser jurídico e, principalmente, penal, são elementares:

³⁸ A distinção aqui mencionada está nos seguintes termos: “*En lenguaje sociológico se entiende, en cambio, por función la suma de las consecuencias objetivas de una cosa. Esta segunda acepción del término debería también ser empleada en el Derecho penal para denominar las consecuencias (accesorias) no deseadas pero reales del sistema (las repercusiones económicas y efectivas que la pena privativa de libertad tiene para la familia del recluso puede ser un buen ejemplo de esto), mientras que deberían utilizarse los términos ‘misión’, ‘fines’, o ‘metas’ para denominar las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema.*” (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op.cit.*, p. 99).

³⁹ A referência a uma teoria meramente dogmática e formal do bem jurídico já se mostrou absolutamente inócua para limitar o *jus puniendi*. Exemplo desta concepção é a protagonizada por BINDING, para quem o Direito penal funciona apenas como um reforço coercitivo para as normas prévias de direito público geral. Com este posicionamento, o sistema criminal não consegue estabelecer conceitos materiais no sentido de delimitar quais são as chamadas normas gerais que podem ou não ser reforçadas pelo instrumento punitivo criminal. Este problema, aliás, além de factualmente não coibir uma expansão do Direito penal, encontra limites científicos na questão atinentes às normas de conduta (normas primárias), pois parte do entendimento de que tais modalidades não pertencem propriamente ao Direito penal. Vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992, p. 316.

⁴⁰ Esta afirmativa é reprodução da concepção norteadora do problema do bem jurídico nos chamados Estados Sociais e Democráticos de Direito, onde é menos intensa a faceta liberal e, por outro lado, mais incisiva a exigência de um Estado providência: “*Desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho, no es inútil reclamar un concepto político-criminal de bien jurídico que lo distinga de los valores puramente morales y facilite la delimitación de los ámbitos propios de la Moral y el Derecho; no es ocioso situar los bienes merecedores de tutela jurídica en el terreno de lo social, exigiendo que constituyan condiciones de funcionamiento de los sistemas sociales, y no sólo valores culturales como pretendió el neokantismo.*” (MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 87). A referência ao neokantismo decorre, ao que quer transparecer, da tese de MAYER, para quem as normas jurídico-penais são apenas normas de decisão, com a finalidade de outorgar aos agentes públicos a possibilidade de exigir, sob a ameaça de pena, o cumprimento de normas de cultura. Assim, o conteúdo que está detrás da norma penal são as normas culturais, as únicas que podem se dirigir ao cidadão.

- a importância social;
- a necessidade-imprescindibilidade de proteção pelo Direito penal.⁴¹

De acordo com o afirmado, o bem jurídico penal, ao contrário do bem jurídico geral, deve se diferenciar não só por sua importância, mas pela impossibilidade de outros ramos do Direito protegê-lo. Com estes conteúdos político-criminais responsáveis pela outorga de sentido ao conceito, espelham-se consequências dogmáticas, sem as quais o Direito penal não seria capaz de ordenada e sistematicamente realizar os seus fins de prevenção.⁴²

Estes requisitos colocam em evidência dois princípios já citados e consagrados do Direito penal, ou seja, a subsidiariedade e a fragmentariedade. Estes dois princípios permitem a crítica legislativa, na medida em que admitem reflexões sobre a legitimidade do Direito penal em proteger determinado bem jurídico diante de específica conduta agressiva. Na medida em que a tipificação de comportamentos abstratos já significa uma interferência estatal na liberdade dos cidadãos, atuam como instrumentos para a percepção da proporcionalidade e adequação da ameaça com pena realizada a certo comportamento. Afinal, tipificar é ameaçar com pena abstratamente.

Esta decisão de ameaçar com pena, como se percebe, possui um vínculo estrito com o bem jurídico. A sua relação com a norma de conduta (ou norma primária) é essencial. O bem jurídico passa a legitimar proibições comportamentais, as quais são os meios utilizados pelo sistema criminal para realizar seu fim preventivo. A propósito, a única forma pela qual pode o Direito evitar consequências lesivas é proibindo condutas.⁴³ A tipificação

⁴¹ *Ib.*, p. 88.

⁴² Um dos desafios da ciência penal contemporânea é estabelecer racionalmente esta relação entre a dimensão política e a dimensão jurídica. Este relacionamento deve ser coerente, harmônico, de modo com que um não seja o responsável pela quebra dos princípios e regramentos atinentes ao outro. Acerca desta questão e buscando analisar o papel da política criminal na sociedade moderna: “*Política y Derecho, por tanto, como los dos grandes sistemas de regulación de la vida social, deben buscar caminos convergentes, ‘lo que en el ámbito de prevención de la criminalidad significa – concordamos nuevamente con ZÚÑIGA – racionalizar la política criminal, juridificando la acción política y politizando la acción jurídica’.* O lo que es lo mismo, acabar con la actual ‘apropiación política del discurso jurídico’.” (SANZ MULAS, Nieves. La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad. In: DÍAZ-SANTOS, Diego (Coord.). **El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad**. Madrid: Colex, 2003, p. 10).

⁴³ Esta afirmativa deriva do fato de a norma penal significar imperativos, direções comportamentais. Nesse sentido: “*Los preceptos legales contienen invariablemente imperativos, esto es, prohibiciones o mandatos de un*

legítima é aquela que visa evitar os comportamentos agressivos relevantes, o que significa salientar que a realização da conduta contrária à norma é realmente atentatória ao fim último do próprio Direito penal.

Assim é feita uma correlação mínima. Se a norma de conduta penal é estipulada para evitar a lesão ou ameaça de lesão a certos bens jurídicos, a ocorrência da infração de dever, enquanto atuação contrária à norma, possui relevância se for capaz de configurar, *ex ante*, alguma ameaça de lesão ao mesmo bem que desejava proteger o legislador. Com isso, pode ser dito que o bem jurídico, enquanto objeto da missão do Direito penal, não está apto a configurar um critério de reflexão legislativa, mas sim a atuar dogmaticamente como um conceito central para a configuração da infração concreta da norma de conduta. O bem jurídico penal é o responsável por outorgar magnitude à infração do dever penal, porque o requisito de tal ocorrência normativa é a potencialidade de sua lesão pelo agente. Conforme será adiante verticalizado, há um distanciamento de teses como a de JAKOBS, onde a infração do dever é independente de sua relação de atentado ao bem jurídico.

Esta missão do conceito, para permitir sua engrenagem no modelo dogmático da teoria do delito, está dimensionada em outro conceito especialmente importante, qual seja: o merecimento de pena. As condutas atentatórias aos bens jurídicos relevantes merecem a ameaça sob o rótulo da pena, já que tão-somente elas podem permitir a restrição da liberdade do cidadão aperfeiçoada pela tipificação.⁴⁴ De igual modo, podem merecer a pena os comportamentos concretos que impliquem em infração de dever penal.

actuar humano. Por ello, la finalidad inmediata de las directivas de comportamiento es siempre la omisión o la realización de una determinada conducta humana.” (RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Tradução Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 81).

⁴⁴ Esta tarefa do bem jurídico de concretizar a política criminal quando da seleção dos comportamentos mercedores de pena já está bastante sedimentada na literatura jurídica. Afinal, o bem jurídico “... *pone en estrecho contacto la determinación de la misión del Derecho penal con el criterio de Justicia que utiliza la Política Criminal a la hora de determinar qué es lo que merece una pena, pues vincula dicha misión a una cualidad visible del comportamiento merecedor de pena.*” (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. *Op. cit.*, p. 103).

O conceito de merecimento de pena, todavia, não se esgota ainda. No tocante à infração de dever, torna-se necessária uma pequena consideração, mais bem desenvolvida nos capítulos subseqüentes. A ocorrência de um comportamento tipificado que atente *ex ante* contra o bem jurídico implica no merecimento de pena, dado que o conceito se sustenta mediante a mínima e potencial lesividade. Isto implica que o merecimento de pena seja, em parte, a aplicação dogmática do conceito político-criminal de bem jurídico no que concerne à norma de conduta, à infração do dever penal.

No caso da norma de sanção, local dogmático dos pressupostos de aplicação da pena, devem ocorrer todas as conseqüências típicas previstas e exigidas, tal qual o resultado nos crimes materiais. A perspectiva aqui não é mais *ex ante*, mas sim *ex post* à conduta do agente. O bem jurídico, que já havia sido colocado sob a ameaça de lesão, de fato a sofreu. O comportamento que infringiu o dever ocasionou o dano ou o perigo ao bem, justificando integralmente as idéias de merecimento e necessidade de pena. Isso permite justificar, por exemplo, por que um delito tentado é punido com menor gravidade que o consumado. Em uma perspectiva *ex ante*, não haveria distinções. O que acontece é a diferença pela avaliação *ex post*, isto é, pela face da norma de sanção (ou norma secundária). Uma vez mais, trata-se de uma questão de proporcionalidade e adequação.

Todos estes pontos serão posteriormente avaliados, tendo em vista que a teoria das normas penais refletirá diretamente na concepção de uma teoria do delito apta a se transformar em instrumento de realização dos fins do Direito penal. Seja como for, o principal para o momento é deixar sedimentada a premissa de ser a missão do Direito penal a proteção de bens jurídicos. Sua tarefa é de natureza preventiva. Para a consecução de tal objetivo, é imprescindível a utilização de um modelo sistemático aberto, o qual possa receber todos os influxos das teorias da pena, limitar a abrangência penal e estar construído coerentemente sobre a natureza das normas penais.

1.3 Orientação Teleológica do Direito Penal

Antes de ser iniciado o estudo dos sistemas penais em algumas das mais conhecidas escolas, são inevitáveis algumas considerações complementares a respeito do que se pode entender por um sistema intitulado teleológico. Estas aproximações destinam-se a evitar problemas de dubiedade do conceito e, mais ainda, permitem um critério mais preciso para a avaliação dos pensamentos posteriormente expostos.

Em princípio, cabe afirmar que um sistema penal com orientação teleológica não é sinônimo imediato de funcionalismo, de sistema aberto e sequer de orientação voltada para as conseqüências concretas. É verídico que a orientação teleológica pode reunir estes outros atributos, porém isso ocorrerá na medida da elaboração científica que está atrás. O aspecto teleológico do sistema deve ser caracterizado por sua refutação aos vínculos impositivos de realidades prévias, possuindo como característica basilar uma *“...dinâmica construtivista e voltada às finalidades do Direito penal.”*⁴⁵

Atualmente, o vínculo entre pensamento teleológico e funcionalismo é muito comum, até porque esta relação é de fato verdadeira. Afinal, o avanço do sistema funcionalista deveu-se, em parte, às críticas formuladas ao finalismo, responsáveis por questionar a correição da vinculação das categorias penais com as chamadas estruturas lógico-objetivas. Contudo, é plenamente possível imaginar um sistema teleológico que não reúna as características funcionalistas, como a abertura cognitiva e a intenção de controlabilidade social concreta. Dentro do pensamento funcionalista, também são perceptíveis as divisões entre pensamentos propriamente teleológicos, ou teleológicos em sentido estrito, e formulações puramente normativistas.

⁴⁵ ROXIN faz a seguinte postulação a respeito dos autores que possuem uma orientação teleológica: *“Los defensores de esta orientación están de acuerdo – con muchas diferencias en lo demás – en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal.”* (ROXIN, Claus. **Derecho penal. parte general**: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. *Op. cit.*, p. 203). Praticamente no mesmo sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Tradução Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, pp. 19 e ss.

O pensamento neokantiano é um importante modelo teleológico desprovido das caracterizações funcionais. Nesse sentido, muitos autores afirmam não ser o funcionalismo totalmente inovador na busca pelas finalidades do Direito penal no seio da construção dogmática. A sistemática da Escola de Baden já propugnava, de forma incipiente e menos sofisticada, a tentativa de realização de valores pelos conceitos penais.⁴⁶

O pensamento teleológico de traço neokantiano dificilmente teria sua aplicação sustentada na realidade contemporânea. Esta corrente de pensamento, além das severas acusações de ter se transformado no sustentáculo acadêmico do Direito penal do nacional-socialismo alemão, conduz ao problemático estágio de relativismos axiológicos excessivos. O apego à idéia de valor, concretizado de modo arbitrário, está apto a promover um sistema penal sem balizas materiais, sociais, palpáveis no sentido de proporcionar a limitação ao poder de punir. Seja como for, a escola neokantiana será mais profundamente analisada no capítulo subsequente.

Neste momento, convém frisar que o modelo teleológico funcionalista apresenta maiores vantagens. A construção deste sistema parte da premissa da necessidade de rever os problemas existentes no neokantismo, alterando as vagas e imprecisas orientações por valores culturais (normas de cultura) pela sistematização de critérios político-criminais. Estes últimos são preenchidos pelas finalidades da pena,⁴⁷ não aquelas existentes no discurso do Direito, mas sim as que concretamente podem ser auferidas da prática punitiva estatal pelas pesquisas interdisciplinares.

O acréscimo da abertura cognitiva ao modelo teleológico permite que estes saberes não-penais possam ser inseridos nas instâncias dogmáticas de decisão. Aqui é importante a distinção de modelos funcionais como o de ROXIN ou de JAKOBS. O de

⁴⁶ “Las concepciones ‘funcionalistas’ así entendidas no constituirían pues un fenómeno de moda, sino que remontarían al menos hasta la irrupción de las sistemáticas teleológicas inspiradas en el neokantismo.” (PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). **Teoría de sistemas y derecho penal**: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 223).

⁴⁷ “El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena.” (ROXIN, Claus. **Derecho penal. parte general**: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. *Op. cit.*, p. 203).

JAKOBS apresenta intensas complicações. O penalista resta por estabelecer sobre as bases funcionais um exemplo claríssimo de tese de consenso social, já que ao Direito penal compete a manutenção das expectativas normativas necessárias para a convivência em comunidade. O conflito inerente à vida coletiva, bem como os efeitos práticos, reais e aflitivos da pena são indiferentes para a sua elaboração. Ao invés de utilizar a abertura cognitiva funcional para aproximar os elementos do crime da realidade, o autor faz o caminho inverso, isto é, rumo para um nível máximo de abstração e formalismo. Resultado desta postura é o esvaziamento de todo e qualquer fim político-criminal que não seja a idéia de prevenção positiva, onde esgota as finalidades da pena no compromisso, geral e especial, de fidelidade ao Direito.

A orientação teleológica que aqui pretende ser utilizada é aquela que está em conformidade com o método funcionalista de abertura cognitiva, mas que mantém um compromisso de limitar o sistema penal e orientar o emprego de seus instrumentos característicos à produção de consequências sociais compatíveis com os ditames de um Estado Democrático de Direito. Um sistema desta natureza pode ser acionado quando seu instrumento punitivo for proporcional à conduta que vislumbra evitar. Mais ainda, a sanção penal deve ser apta a cumprir fins que respeitem os direitos fundamentais, bem como ser capaz de cumprir as metas anunciadas. O pensamento aqui sustentado apresenta muito mais semelhanças com o modelo de ROXIN, o qual pode pressupor todo um aspecto interdisciplinar para a configuração das finalidades político-criminais e da pena.⁴⁸

Por exemplo, afirmar que o significado da pena é uma reação contrafática ao rompimento da expectativa normativa é dotar a aplicação da sanção penal de uma natureza completamente formal; trata-se de uma justificação jurídica interna que é um pouco mais sofisticada do que a conclusão de Kelsen: de que toda norma deve ser acompanhada de sanção.⁴⁹ De todo o modo, e tendo em vista estas considerações, é importante uma avaliação

⁴⁸ Nesse sentido: CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Op. cit.*, pp. 53 e ss.

⁴⁹ VIVES ANTÓN faz ponderações críticas às teses de Kelsen e sua teoria das normas como mandatos ou ordens coercitivas. Vide: VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 349 e ss. O pensamento kelseniano esvazia a problemática das normas de conduta, atribuindo o papel de principal problema jurídico à sanção. No caso do Direito penal, esta construção é bastante complicada, uma vez que a dimensão exclusiva da norma de sanção não permite a crítica a respeito dos conteúdos da infração do dever. Para Kelsen, isso definitivamente não é um problema, já que seu positivismo analítico possui como pretensão a busca da pureza do Direito em detrimento de preocupações de traço político ou filosófico. O

mais minuciosa dos sistemas penais nas mais variadas escolas. Essa exposição propiciará uma percepção melhor dos métodos jurídico-penais diversos, além das alterações sistemáticas deles decorrentes.

conteúdo da norma seria, destarte, um problema político. JAKOBS, por sua vez, ao atribuir um fim formal à sanção e ao Direito penal, resgata, indiretamente, esta mesma faceta. Isso culmina na possibilidade de críticas pelo mesmo viés. Dito de outro modo, seu sistema serve a todo e qualquer conteúdo e está desprovido de qualquer legitimação material.

2 SISTEMAS NAS ESCOLAS JURÍDICO-PENAIIS

2.1 Período Clássico

Não é de hoje a dificuldade de delimitar um único método ou forma de pensar sob a denominação de período ou escola clássica. Tal dificuldade decorre da enorme variedade de pensamentos que circulam sobre esta alcunha, sendo imprescindível salientar, para fins deste trabalho, a necessidade de tão-somente traçar algumas características mais ou menos comuns a este momento do saber jurídico-penal e à concepção de norma então vigente. Estas investigações colocam-se como necessárias na proporção em que permitem perceber o sistema penal de então, o qual, desde logo, já pode ser vislumbrado como um modelo essencialmente fechado e, por isso, antagônico à postura contemporânea.

A suposta unicidade da escola clássica é prerrogativa da própria evolução e estudo da historicidade do Direito penal, dado que somente após o advento do positivismo jurídico foi possível tentar estabelecer um critério que pudesse reunir pensadores e pensamentos sob o manto do assim chamado classicismo. Curiosamente, ao contrário da consciente filiação à determinada corrente que caracteriza o penalista de hoje, jamais os clássicos se conceberam enquanto tal, principalmente em razão da contínua divergência a respeito dos próprios fins da pena,⁵⁰ o que já os tornava, àquele tempo, sectários entre si. Assim, trata-se de um corpo, embora já consolidado, criado artificialmente, uma unificação por contraste.

Ao pensamento clássico do Direito penal, visto em sua totalidade, outorga-se o grande privilégio de iniciar um estudo que, verdadeiramente, eleva este segmento

⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA postula que a idéia de escola como “... *concepciones contrapuestas en la legitimidad del derecho de penar, en la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones...*” apenas fez sentido após o advento do positivismo. Até então, o critério para a reunião de pensamentos era tão-somente a essência dos *ius puniendi*. Sob o conceito de escola clássica, encontravam-se vertentes utilitárias, morais, contratuais e ecléticas, de acordo com a elaboração feita por RENATO GARRAUD ao conservar o pensamento de ANTONIO BAUER. Isto quer dizer que a noção clássica somente existe a partir do positivismo, que resolveu “*reunir a sus adversarios en un grupo compacto para que sus ataques no se perdieran, fundió las tendencias morales, utilitarias y ecléticas constitutivas de las escuelas absolutas, relativas y mixtas, en una sola entidad tipificada por su método racionalista.*” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Introducción al Derecho Penal**. V. 1. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002, pp. 115 e 117).

jurídico ao campo da cientificidade própria de seu tempo (racionalismo). Ainda que os conceitos de dogmática jurídica e dogmática jurídico-penal estivessem de maneira significativa distanciados dos padrões atuais, pela primeira vez, ao que se deduz sobretudo das obras de doutrinadores do sistema continental, o saber jurídico ganhou uma função essencial: a limitação do poder de punir elaborada por meio de um enfoque racional.⁵¹

Esta utilidade dogmática da segurança jurídica (previsibilidade), ainda que dotada de vários contornos ao longo do perpassar histórico, é, hoje em dia, ainda uma meta basilar de todo sistema. Os conceitos elaborados pela dogmática e articulados internamente são ferramentas de previsibilidade, racionalismo e segurança jurídica dos cidadãos em face do poder punitivo estatal em seu marco de maior violência – são construções entendidas como pré-requisitos para a imposição e aplicação da pena; é um conhecimento incipiente, mas capaz de propiciar os passos iniciais de mediação jurídica entre a ocorrência da violação da norma primária e a realização da norma secundária. O desenvolvimento da teoria do delito, aperfeiçoada pelo apego ao princípio da legalidade, teve, por este motivo, a sua propulsão pela preocupação até hoje vigente: proteger o cidadão da arbitrária restrição de sua liberdade.

O objeto da escola clássica não era o delito como fato empírico tratado pelo positivismo italiano, nem o ordenamento jurídico, preocupação do tecnicismo ou do pensamento alemão do final do século XIX. O foco de estudo, a base da elaboração do Direito estava, acima de tudo, pautada no Direito Natural, concebendo-se, a partir disso, sua característica jusnaturalista. Nesse sentido, por mais diversas que pudessem ser as concepções, todos os autores estavam ligados pela índole filosófica, pelo humanismo, pelo sentido político-

⁵¹ Neste cenário, não há como deixar de mencionar a obra de BECCARIA, escrito entusiasmado e apaixonado na crítica ao Antigo Regime. Trata-se de verdadeiro *Evangelho dos Reformadores*. Ilustrativa é a passagem de PRIETO SANCHÍS: “*En cualquier caso DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS se convirtió desde su aparición en el ‘evangelio de los reformadores’, en un símbolo del nuevo programa penal, en una bandera de esa filosofía para la acción que caracterizaba las mejores aportaciones del siglo XVIII; y cabe decir que en buena medida sigue desempeñando esa función en nuestros días, como una de las primeras expresiones de un garantismo nunca del todo realizado. En definitiva, se trata de un libro de lectura apasionante aunque no siempre resulte explícito y directo en la exposición de sus ideas.*” (PRIETO SANCHÍS, Luis Fernando. **La filosofía penal de la ilustración**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 68).

liberal de claro e robusto antagonismo ao Antigo Regime e sua peculiar crueldade criminal.⁵² Mais do que isso, o método de pensar de todo iluminista coincide com o momento histórico de sua trajetória.

A concepção aqui existente do ponto de vista dogmático resulta na forma lógico-abstrata do raciocínio. Parte-se sempre do universal ao particular, do valor em direção à norma. A norma jurídica representa, antes de tudo, um valor, o qual deve ser socialmente protegido através do direito posto, derivado, logicamente, da axiologia que lhe é imanente e superior. Os valores de humanidade, igualdade e proporcionalidade enfeixam-se no Direito ao lado dos bens tutelados. A separação entre Direito e moral é feita no limite para impedir a insegurança jurídica, ainda que isto não deixe de significar uma aplicação jurídica orientada e baseada pelos valores existentes detrás e acima da lei, dotados de caráter ético e apriorístico.

O ente jurídico (crime) – extraído dos valores natural, superior e imemorial – configura, por excelência, uma perspectiva fechada de pensar o sistema jurídico-penal. Os métodos lógico-dedutivo e formal são a maneira pela qual se realiza a subsunção de determinado comportamento à norma. Aqui, mais uma vez, inicia-se do abstrato (lei) em direção ao concreto (fato), permitindo ao intérprete sentenciar acerca da ocorrência ou não da infração legal. Se o fato é a especificidade da norma e esta é a concretização do valor, a conduta criminosa, dedutivamente, implica na violação do valor, elementar básica de todo o pensamento clássico. Esta violação do valor, este juízo jurídico-natural, não pode sofrer influências da realidade contingente, emergencial. O sistema parte de uma realidade permanente, sem capacidade de adaptação. Trata-se de um “... *sistema fechado por orientação filosófica*.”⁵³

A violação da norma como violação do valor apresenta seu fundamento em duas construções essenciais, quais sejam: a idéia de culpabilidade, lastreada na premissa

⁵² Um traçado histórico sobre as características da pena na Antiguidade pode ser verificado em: SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 24-33.

⁵³ Esta base filosófica do sistema conduz a um modelo dedutivo-axiomático, o qual, por sua vez, é um pilar de sustentação metódica, típico de um sistema penal fechado, desprovido de qualquer orientação às conseqüências. Nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. *Op. cit.*, p. 368.

do livre-arbítrio.⁵⁴ À medida que o ser humano atua livremente, ele é capaz de sustentar sua própria culpa, devendo responder pelos atos que lhe são atribuídos. O homem, como ponto de partida do argumento, sempre pode escolher entre o bem e o mal, sendo esta escolha o dado permissivo de sua reprovação. A pena figura neste contexto como uma resposta sempre necessária à má escolha; se assim não o fosse, toda a sociedade compactuaria com a iniquidade do comportamento delitivo. Em que pese não existir qualquer problematização a respeito da indemonstrabilidade do livre-arbítrio, esta postulação permitiu uma importante diferenciação do objeto correspondente à pena. A sanção jurídica não se volta mais, como antes fazia no Direito da Antigüidade, à medida do fato, mas sim da culpabilidade.⁵⁵

Esta relação estabelecida entre pena e culpabilidade introduz o Direito penal na história das punições, tornando-as jurídicas por excelência. Se a história das penas é anterior à do Direito penal, este é o momento de encontro, exato instante em que os traçados passam a ser comuns e interligados. O poder de castigar, adicionado ao ideal liberal iluminista, transforma-se no direito de castigar, submetido aos imperativos de controle e legalidade típicos do contrato social.⁵⁶

A pena passa a importar como a retribuição do crime, na medida em que implica no mal imposto ao condenado. O merecimento da pena é sempre verificado com a ocorrência do crime, isto é, ela tem sua justificação na violação da norma e do valor antecedente. A justiça deve ser realizada por meio da punição, inserida em um sistema fechado que ignora maiores considerações de cunho empírico ou social-concreto. Para um pensamento moralista, como o de KANT, o mal da pena exime a recaída sobre toda a sociedade do mal do crime (moralismo ou substancialismo jurídico). Já mediante uma perspectiva jurídica, a pena

⁵⁴ Acerca da escola clássica e seus pressupostos, afirma-se que: “*Por cuanto se refiere a los presupuestos sobre los que se construirán los principales objetos de estudios, en primer lugar, debe mencionarse que se consagro un concepto de imputabilidad, basado en el libre albedrío y la culpabilidad moral.*” (RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Política criminal y sistema penal**: viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthopos, 2005, p. 46).

⁵⁵ A respeito desta projeção da pena sobre a culpa: RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 157-163.

⁵⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Op. cit.*, p. 49.

nega a negação efetuada pelo delito (legalismo ou formalismo ético). De todo o modo, é feita uma operação de soma zero, na qual ao negativismo do crime é adicionado o valor da pena.⁵⁷

Este pensamento, conforme mais adiante será verificado, nega como elemento caracterizador da pena qualquer finalidade externa à pura e simples resposta. Daí a afirmação de que as posturas que enxergam na norma penal um cunho valorativo tendem a salientar a pena como realização de uma justiça jurídica ou metafísica. O delito e a sanção estão entendidos em uma perspectiva circular. Na medida em que são abstraídos de referenciais concretos, sempre serão idealmente equivalentes no cerne de um sistema fechado.⁵⁸ Afinal, se o crime nega valores, a pena os reafirma. Esta relação impõe uma tentativa de garantir a proporcionalidade entre crime e castigo, mas abre uma série de possibilidades críticas às suas premissas.⁵⁹

Não obstante ser certo e positivo o fato de que a pena deve ser imposta somente quando há uma infração já não parece tão acertado; para os dias de hoje, ela deve ser aplicada somente porque houve uma infração. Este relacionamento binário não permite imaginar a infração sem pena. Para um modelo fechado, a exclusão da sanção não pode ser justificada por um critério material externo, capaz de se imiscuir nos elementos do crime e

⁵⁷ Esta relação matemática é reproduzida por CARNELUTTI: *“En la fórmula matemática, que nos ha servido para aclarar la función de la pena, si el resultado de la suma de los dos números que representan, respectivamente, el delito y la pena, he de ser igual a cero, estos dos números, positivo y negativo, deben igualarse: si $d - p = 0$, es claro que $d = p$. En palabras sencillas, delito y pena deben ser, exactamente, anverso y reverso de una misma medalla; la diferencia no está más que en ser el uno el anverso y la otra el reverso, o sea, algebraicamente, el uno un más y la otra un menos.”* (CARNELUTTI, Francesco. **El problema de la pena**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Rodamillans, 1999, p. 29).

⁵⁸ Esta consequência está derivada do liberalismo existente por trás do pensamento idealista alemão. A idéia da vinculação jurídica estaria essencialmente pautada pela noção de liberdade, de livre-arbítrio, culminando naturalmente na perspectiva retributiva. Propondo a adoção contemporânea dos postulados de KANT e HEGEL vide: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El concepto de deber jurídico. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **El funcionalismo en derecho penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 231 e ss.

⁵⁹ Em que pese todas as críticas das bases do pensamento clássico, a retribuição lastreada no livre-arbítrio, a subtração de finalidades sociais à pena, além da presunçosa intenção de realizar a justiça, estas não são perspectivas de séculos atrás. ROXIN, por exemplo, relembra a adoção desta vertente ética, em muito ligada às doutrinas da Igreja, na Alemanha do pós II Guerra até meados de 1962. Apenas posteriormente a visão retributiva foi dando lugar ao pensamento preventivo. (ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Tradução Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 19).

permitir um juízo de pertinência, merecimento e necessidade da punição. A pena deve, nos padrões atuais, ser imposta porque é útil e adequada.

Cumpra salientar que não foram todos os autores denominados clássicos que insistiram na visão puramente retributiva da punição, como o importante e conhecido utilitarismo de BENTHAN. O relevante, contudo, para este momento, é esta percepção do pensamento clássico em suas bases estruturais, que deixam claras as edificações de um sistema fechado (dotado de método dedutivo-axiomático e construído sob uma realidade permanente). As postulações específicas sobre o viés clássico-utilitário serão vistas quando do estudo da função preventiva da sanção penal.

2.2 Positivismo

O positivismo jurídico, com nítido viés formalista, parte da premissa essencial de ser o ordenamento jurídico posto, o Direito posto ou a lei positivada, o seu central elemento de preocupação, sobre o qual deverá ser desenvolvida toda a dogmática jurídico-penal.⁶⁰ O conhecimento científico do Direito, assim, está vinculado ao estudo de sistematização e exegese, o qual, ao partir das leis, permite uma cadeia contínua de verificação de conceitos e princípios extraídos do ordenamento e capazes de articular a aplicação normativa. Nesse sentido, o método estanca juízos valorativos, criativos. Ao estudioso não compete constituir o Direito, mas reconhecê-lo, dominá-lo, uma vez que suas balizas já estão previamente estatuídas pelo legislador.⁶¹ O método, então, é claramente indutivo.

Não se quer dizer com isso que a totalidade do conhecimento jurídico resume-se ao ordenamento posto. Entretanto, obrigatoriamente deve partir e derivar dele.

⁶⁰ Não obstante existirem fortes divergências entre o pensamento de autores como ROCCO, BINDING e VON LISZT, para todos eles “... *el objeto del análisis y sistematización característico de la dogmática no es otro que el Derecho positivo.*” Por este motivo, SILVA SÁNCHEZ prefere denominar este método como “... *del formalismo*”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. *Op. cit.*, p. 51).

⁶¹ A posição de ROCCO é demonstrativa destas afirmações, pois determina o afastamento do cientista de especulações, de filosofias, de qualquer postura (jus) naturalista. Vale lembrar a grande influência do autor e seu tecnicismo jurídico na elaboração do Código Penal brasileiro de 1940, ainda em vigor em sua Parte Especial. ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *In: Opere giuridiche: scritti giuridici varii*. V. 1. Roma: 1933.

Trata-se, pois, de uma grande estrutura piramidal, cuja base é a legislação, sendo todos os demais andares construídos por meio de processos de contínua abstração, destinados a estabelecer conceitos. Este trabalho repete-se até chegar ao seu cume, isto é, aos princípios e definições relevantes. Esta pirâmide, representativa do saber jurídico, estipula-se como um sistema fechado.⁶² Resulta daí a conhecida passagem de VON LISZT, ao apontar a dogmática penal como a barreira intransponível da política criminal.⁶³

Curioso notar que em face dos positivistas, a inclusão de diversos autores sob a mesma corrente não implica em desprezar as diferenças notadas entre as maneiras de pensar o substrato do Direito. A postura de BINDING,⁶⁴ por exemplo, é de clara divergência àquela formulada por VON LISZT. O primeiro autor não vincula o Direito diretamente à lei positivada, mas sim ao Direito positivo. Isto faz com que se explique a posição de BINDING ao diferenciar a lei da norma anterior. Não é sem razão que o pensador, em conhecida assertiva, pondera que o criminoso, não obstante atue em desconformidade com a norma, pratica um ato de acordo com a lei. Este menor apego ao legalismo possibilita, mais facilmente, um saber jurídico que possa, sob certos parâmetros, ser teleológico. Além disso, é possível a adoção de critérios de sutileza valorativa para estabelecer, entre outros, um conceito de fim do Direito penal.

A tese de VON LISZT, ao contrário, relaciona o conhecimento político-criminal com o saber estritamente dogmático. Em outras palavras, há a incipiente viabilidade de integração científica ou realização prática de um direito através da política criminal. A

⁶² Neste aspecto, os grandes adversários do positivismo jurídicos foram os jusnaturalistas e, posteriormente, a chamada escola do Direito Livre. Esta última corrente surgiu em meados de 1900, apresentando como tese fundamental a submissão da realização concreta do Direito (sentença) ao voluntarismo do julgador. Sobre o tema e afirmando uma tendência moderna de Direito Livre clandestino, vide: ADOMEIT, Klaus. El positivismo jurídico en el pensamiento de Hans Kelsen y Gustav Radbruch. Su significado para problemas actuales de la ciencia jurídica alemana y española. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **Dogmática y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 27 e ss.

⁶³ Precisa é a citação de VON LISZT reproduzida por SILVA SÁNCHEZ: “*En efecto, él mismo, todavía en la edición de su Tratado, sigue atribuyendo a la Ciencia del Derecho penal la tarea de ‘comprender delito y pena como generalización conceptual en una consideración técnico-jurídica y desarrollar en un sistema cerrado los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales.*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona. Jose Maria Bosch Editor, 2002, p. 51).

⁶⁴ O caldo de cultura que permite na Alemanha o pensamento de BINDING é o mesmo que na Itália origina o tecnicismo jurídico. (MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2002, p. 178).

dogmática está construída sobre a lei, enquanto a política criminal coloca-se sob a idéia de finalidades, de valores a serem realizados. Pode-se dizer que enquanto a primeira atua como ferramenta operacional de *lege lata*, a segunda abre um interessante espaço para uma crítica sedimentada na *lege ferenda*. A coincidência entre ambas é a figura do penalista, que realizará, em sua vida, tanto as “... *funções de dogmático e político-criminal...*”⁶⁵ tarefas estas de interpretação e reflexão, respectivamente.

No tocante à verificação real de um crime, o sistema propõe um processo capaz de partir e chegar ao concreto através do abstrato. O jurista, amparado na legislação (concreta), busca resolver o caso (concreto). No entanto, esta vinculação da lei ao caso passa pela mediação do abstrato, espaço destinado aos preceitos formulados por meio das induções sucessivas já realizadas (dogmática). Com isso, solucionam-se conflitos e suprem-se lacunas, realizando-se, efetivamente, o Direito posto pelo legislador.

A postura de VON LISZT, por sua vanguarda intelectual, é a mais interessante. O autor reconhece a importância da política criminal e, graças às críticas sofridas, pretende limitar sua influência na constituição do saber dogmático. De todo o modo, propaga com ineditismo uma visão interdisciplinar, pluridimensional das chamadas ciências criminais. Ao imaginar uma ciência global do Direito penal, considera em seus estudos uma série de conhecimentos não propriamente do Direito, oriundos da sociologia e da antropologia (campos de repercussão no Direito penal). Tais conhecimentos permitem um estudo político-criminal diferenciado. Promovem um sistema de princípios com os quais pode ser verificada a luta do Estado contra o crime.⁶⁶ Esta faceta inexiste em autores como BINDING ou MERKEL,⁶⁷ o que resulta em formas diferentes de buscar a finalidade do sistema criminal.

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ aponta que em VON LISZT o sistema penal é lógico; já para BINDING pode ser entendido como teleológico, embora formal. Em VON LISZT, a questão do justo é um problema político, jamais jurídico, assim como os fins do Direito penal. Ao mesmo tempo, SILVA SÁNCHEZ critica a extremada visão, posta por alguns autores, de VON LISZT como um simples formalista. Não há dúvidas de que o pensador do século XIX sempre referiu o Direito penal à realidade, visto, naquela época, através do dogma causal. Disso resulta a construção de um conceito de crime causal mecanicista, isto é, a perceptível alteração do mundo exterior pelos sentidos. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona. Jose Maria Bosch Editor, 2002, p. 52).

⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ assim reproduz as definições de política criminal propostas por VON LISZT: “*En relación con la política criminal, VON LISZT propone dos definiciones, una en sentido estricto: ‘compendio sistemático de aquellos principios, según los cuales el Estado lleva adelante la lucha contra el delito mediante la pena y los institutos emparentados (establecimientos de educación y mejoramiento, casas de trabajo, etc)’ o bien*

Esta posição de VON LISZT, ao estudar as relações do crime e da pena como forma de defesa social do Estado, está absolutamente em consonância com a estrutura de pensamento de seu tempo, ou seja, o empirismo caracterizador da segunda metade do século XIX. Com isso, já questionava o retributivismo como justificativa da pena, ainda que esta visão estivesse arraigada, em grande parte, aos positivistas. Como autor alemão, estava inserido no pensamento dogmático que aponta o ordenamento jurídico como seu principal objeto. Isto explica por que a sua imersão nas ciências auxiliares não foi tão profunda como a ocorrida no positivismo italiano, no qual o delito como ente jurídico foi plenamente substituído por uma visão naturalista e derivada da experiência.

O positivismo na Itália, ao contrário da Alemanha, significou um estudo antropológico do delito, capitaneado por LOMBROSO e seus seguidores, FERRI e GARÓFALO. O positivismo, mais equiparado ao alemão, aflorou posteriormente na Itália, com a chamada escola do tecnicismo jurídico, com forte influência no Código Penal brasileiro de 1940, em face, principalmente, aos estudos desenvolvidos por ROCCO.

Havia uma importante limitação nos esforços de VON LISZT para compreender o sistema penal como uma ferramenta de proteção aos interesses jurídicos da comunidade. A dogmática fechada de seu tempo não permitiria ao Direito penal positivo, em si e por si mesmo, proteger a sociedade de forma satisfatória. Certamente, a ordem jurídico-penal é uma proteção do cidadão em face do poder do Estado. Em suas próprias palavras, é a Carta Magna do Delinqüente, expressão consagrada da postura liberal, típica do positivismo. A construção da teoria do delito demarca esta finalidade, isto é, o conjunto de pressupostos sem os quais a pena não pode ser imposta, tendo como baliza a lei penal vigente (princípio da legalidade).

en el sentido más amplio: compendio sistemático de los principios, apoyados en la investigación científica del delito como de los efectos de la pena, conforme a los cuales el Estado, mediante la pena y los institutos emparentados, conduce la lucha contra el delito.” (BUSTOS RAMÍREZ. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994, p. 131).

⁶⁷ Vide a obra positivista centrada na legislação: MERKEL, Adolf. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: IB de F, 2004.

Parecia ser inegável que vários conceitos dogmáticos dependessem das ciências auxiliares para a sua perfeita compreensão e aproximação da realidade. Contudo, jamais o autor pretendeu uma plena unificação no sentido funcional ou normativo. O que poderia a política criminal, ao estar ao lado da dogmática, era propiciar uma revisão crítica, jamais substituir ou relativizar para a realização de objetivos de natureza política.⁶⁸

Estas considerações realizadas a respeito do positivismo apresentam uma finalidade. Mais do que resgatar as discussões doutrinárias que permearam a relação entre as produções de BINDING e VON LISZT, o objetivo é apontar a natureza fechada do sistema criminal desta escola. Esta constatação fica evidenciada com o modelo do próprio VON LISZT. A impossibilidade de abertura da dogmática penal para a política-criminal se por um lado significou um forte avanço para o pensamento da época, por outro realizou uma unificação estaque. A idéia global do Direito penal somente mostrou a necessidade de considerações para além da dogmática, embora não tenha permitido a integração dos saberes próprios das ciências auxiliares. Pode-se dizer que a suposta abertura cognitiva, ainda que existisse, não permitia sua absorção e operacionalização internas.

O sistema mostra-se fechado na concepção de BINDING. Apesar de aqui existir a possibilidade de encaminhamentos sistemáticos de natureza teleológica, em face, principalmente, da idéia da **norma** que está detrás da lei, tal estruturação não apresenta qualquer liame com a realidade no sentido de influenciá-la. O saber dogmático não está imiscuído com qualquer outro, inexistindo pontos de contato ou relacionamento. Aqui o problema não parece residir na falta de operacionalização interna de saberes externos, mas sim no próprio desinteresse por tais saberes. Isso não pode ser corroborado como algo estranho ou curioso, já que se trata da premissa positivista necessária.

⁶⁸ “Ello evidentemente para él no significó entremezclar una y otra disciplina; por el contrario, a la política criminal le correspondía la constante revisión crítica del derecho vigente y la tarea de proponer las medidas para retomarlo y acercarlo lo más posible a las exigencias que surgían de esa revisión crítica. Pero esto no implicaba dejar de lado la tarea garantizadora del derecho penal, al servicio de lo cual estaba la dogmática – y ya desde el pensamiento clásico –, por eso ‘el Derecho penal es el límite infranqueable para la Política Criminal’. Por tanto, conforme a VON LISZT, dentro de las ciencias que se preocupan del delito hay que distinguir claramente en su método entre aquella de carácter normativo, el derecho penal, y la política criminal.” (BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al Derecho Penal**. *Op.cit.*, p. 131).

No tocante à norma penal, o positivismo sempre assumiu como essencial sua característica de diretiva de comportamentos. A norma, desde logo, apresenta-se como capaz de determinar as condutas humanas, vinculando os cidadãos ao seu aspecto imperativo. Em que pese a existência de valorações jurídicas em geral, como preceituado por BINDING, era impossível pensar o mandato, o dever normativo sem a existência de destinatários,⁶⁹ os quais, todavia, seriam aqueles que tivessem condições de atuar conforme a lei e, em consequência, vulnerar a norma. Inexistiriam tais comandos direcionados para os indivíduos absolutamente incapacitados de realizar uma conduta antijurídica. Por esta razão é que, inicialmente, houve uma identificação entre ilícito e culpabilidade, posteriormente alterada pela evolução das categorias do delito e pela própria teoria das normas.⁷⁰

O fechamento cognitivo e a rigidez operativa definidores desta escola começam a ser alvos de questionamento pelo pensamento neokantista, o qual almeja realizar o sistema criminal em nome de considerações de cunho normativo. Esta premissa constituirá um modelo sensivelmente diverso em termos sistemáticos. Assim, o neokantismo, como continuidade positivista, muito alterará na forma de o sistema penal lidar com a realidade que o circunda.

2.3 Neokantismo

Os dois pressupostos básicos do positivismo jurídico e sua estruturação dogmática, ou seja, o método indutivo e o objeto centrado no ordenamento posto começam a

⁶⁹ O interessante do pensamento de BINDING é que o aspecto imperativo deriva da norma em si, independentemente da sanção. Nesse sentido: *“Luego, la norma se deduce exclusivamente de la primera parte de la ley penal, en cuanto la acción realizada por el sujeto justamente cumple totalmente aquello que la prohibición quiere que se omita. En otras palabras, la fundamentación de la norma es completamente independiente de la conminación con una pena, esto es, la regla ‘vosotros no debéis... en caso de pena’ resulta totalmente contradictoria.”* (BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 8).

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ realiza estas ponderações e, além disso, destaca que o pensamento finalista de ARMIN KAUFMANN foi posteriormente decisivo para estabelecer alguns conceitos a respeito da teoria das normas: *“...la dimensión de determinación era consubstancial a la norma, pues carecía de sentido una norma que sin destinatarios; de modo que, en realidad, sólo quienes se encontraban en condiciones de entrar en contacto personal con la norma, podían vulnerarla. Esta tesis, que en sus inicios había llevado a unificar el concepto de antijuridicidad con el de culpabilidad, a partir de la tesis de la imposibilidad de que tuviera lugar un obrar antijurídico por parte del sujeto no culpable, había sido matizada por el finalismo, precisamente sobre la base de la concepción de ARMIN KAUFMANN.”* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 16).

ter alguma necessidade de complementação com os pensadores denominados neokantianos. O neokantismo não implicou em forte e marcante ruptura com o positivismo,⁷¹ mas conseguiu significar uma forma adicional de reflexão, abrindo um pouco o sistema jurídico a considerações de cunhos valorativo e material.⁷² Isto significa que a postura neokantiana não rompeu com a vinculação entre saber jurídico e ordenamento, tampouco quebrou a demarcação causal que espelhava praticamente toda a ciência de seu tempo.

A grande diferenciação aqui postulada é a aproximação do Direito às ciências do espírito, exigindo a consideração de toda a dimensão axiológica que lhe é subjacente. Assim seria possível a compreensão de um mundo caótico e desprovido de significados. As categorias jurídicas são integradas por valorações, porque somente desse modo conseguiriam alguma significação. Essa nova forma de apreensão e elaboração dogmática rompe com as definições formais e vinculadas pela causalidade. Assim sendo, ressalta-se a dimensão valorativa do universo jurídico, visto que a premissa da corrente de pensamento é obter a diferenciação de objetos pelo valor que lhe são humanamente atribuídos.

Por esta razão, considerável é a expressão de RADBRUCH ao afirmar ser o Direito uma ciência que se “... *refere a valores*.”⁷³ Esta é a sua forma científica de

⁷¹ Esta falta de ruptura marcante entre o positivismo e o neokantismo, principalmente no tocante à manutenção do ordenamento jurídico como objeto de estudo do Direito, deriva da própria evolução do pensamento jurídico alemão. Na Itália, ao contrário, a luta de escolas significou, inclusive, a divergência a respeito dos objetos de preocupação dos juristas. Para a Escola Clássica o estudo recaía sobre o Direito natural; para os positivistas, a preocupação estava na realidade empírica; os técnico-jurídicos, por sua vez, debruçavam-se sobre o Direito positivo. Na Alemanha: “*En términos generales puede afirmarse que la historia del método en Alemania se reduce, casi siempre, a la evolución del método dogmático, esto es, de la ciencia del derecho positivo.*” (MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. *Op. cit.*, p. 177).

⁷² Afirmando que o neokantismo não significou qualquer modificação do objeto da ciência dogmática do Direito penal. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. *Op. cit.*, p. 55.

⁷³ “*No dado, na matéria-prima disforme de nossa vivência, realidade e valor se apresentam caoticamente entrelaçados. Vivenciamos homens e coisas providos de valor e desvalor, mas sem a menor consciência de que um e outro advém de nós, os observadores, e não propriamente dos homens e das coisas [...] O direito é obra humana e como tal só pode ser compreendido a partir de sua idéia [...] Seria o milagre dos milagres, uma inesperada harmonia preestabelecida entre dois modos de consideração fundamentalmente diversos como o do direito ou do crime, se um conceito formado por meio da relação valorativa abrigasse um natural, derivado da consideração não-valorativa.*” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 5-11). O pensamento do autor, ao identificar o Direito como ciência que se refere a valores, acordado com o comprometimento de buscar a verdade, diferencia-o de outras modalidades científicas. As ciências naturais buscam a compreensão isenta do valor e a filosofia estuda os valores, separando-os do dado. Por fim, a religião supera valores, eis que os subjuga para unificá-los e torná-los indiferentes em Deus.

diferenciação. Os valores realizáveis pelo Direito penal estão intimamente ligados com o panorama axiológico subjacente ao Estado, bem como com a relação que é estabelecida entre este e os cidadãos. O Estado como o outro ou algo externo, momento incipiente da vertente liberal garantidora, praticamente condicionava um sistema criminal que vislumbresse a retribuição como categoria principal. A versão de um Estado como integração, como todos nós, permitiu o vislumbre da realização de fins e, desta forma, abriu a justificação teórica de se almejar metas com a efetivação de punições (a idéia de pena a partir da idéia do Direito). Ademais, perde-se a necessidade de, com fórmulas teóricas estanques, justificar as penas e o Direito penal⁷⁴ – ambos estão compreendidos pela mesma idéia.

O mundo do Direito está no plano dos sentidos, imbricados em suas construções. Esta afirmação conduz ao grande diferencial do pensamento neokantiano, já ilustrado pelas colocações de RADBRUCH. Diferentemente da estrutura kantiana, na qual se poderia falar de uma consciência em geral, o neokantismo resta por consagrar um relativismo axiológico (subjetivismo epistemológico). Os valores ínsitos aos objetos não mais estão sedimentados sobre uma existência apriorística, mas, ao contrário, no mundo da cultura, condicionados por circunstâncias históricas e peculiares das mais variadas sociedades.⁷⁵

A partir da percepção de que os valores são elementos imprescindíveis para a compreensão do Direito, os elementos do delito, ainda que vinculados à estrutura causal, despregam-se da realidade legal. A lei perde o seu caráter de dogma absoluto, alterando em demasia as bases do pensamento do positivismo lógico-formal. Com a manutenção das elementares estruturais do conceito de delito, suas configurações passam a admitir uma interpretação de acordo com os fins, conforme os valores últimos que, naquela sociedade, devem outorgar sentido aos postulados dogmáticos.

⁷⁴ Salienta RADBRUCH após discorrer sobre as concepções de KANT e HEGEL: “*Em ambas essas formas, a justificação da pena pertence ao passado. O Estado fundado na vontade popular – seja na maioria aritmética, seja em outra espécie de ‘integração’ – não é mais um outro em face do indivíduo, mas, ao contrário, um todos nós. A justificação de um Estado popular assim entendido inclui a justificação da pena como necessária à sua conservação. A doutrina sobre o fundamento da pena baseia-se, por conseguinte, na doutrina da justificação do Estado, restando de pé apenas a doutrina dos fins da pena, quer dizer, a da necessidade da pena para o Estado, ou, mais precisamente, para a sociedade ou a ordem jurídica.*” (RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, p. 238).

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo. Op. cit.*, p. 55.

Isso pode ser claramente percebido com as alterações ocorridas, por exemplo, na tipicidade, onde a inserção de elementos normativos possibilitou a introdução de uma série de valorações na configuração do injusto. O mesmo se deu com o advento da culpabilidade normativa (teoria normativa da culpabilidade) em detrimento da manutenção do conceito psicológico (teoria psicológica da culpabilidade).⁷⁶ Além do mais, verifica-se o antagonismo entre conceitos materiais e formais de antijuridicidade, capazes, por exemplo, de justificar a existência de causas supralegais de exclusão. Esta divisão de conceitos representa um claro desprendimento da legislação positivada como único objeto de preocupação jurídica, na medida em que os princípios assumem lugar de destaque na realização concreta do Direito.

Os valores que caracterizam as proibições penais não mais são absolutos e imemoriais, como apontavam os clássicos. As escolhas de proibição, recaídas sobre realidades valiosas, apontam para o “... *descobrimento do Direito penal como realidade condicionada pelos valores dominantes em uma cultura concreta.*”⁷⁷ O bem jurídico, enquanto categoria penal, apodera-se do caráter de ferramenta de interpretação dos tipos penais, de tal sorte a determinar o seu alcance de comportamentos considerados delitivos. Eis aí, definitivamente, um modelo ou sistema teleológico.

Este apego aos valores representados pelas normas de cultura significou, inclusive, uma forma específica de compreender a norma penal. Esta não mais possuiria a dimensão de determinação como algo essencial à sua própria constituição, mas, como referência ao valor, implicaria em uma ordem objetiva de condutas, todas elas adjetivadas pela ilicitude. A noção de dever de cumprimento surgia tão-somente após a lesão jurídica, sendo que ao culpado poderia ser imputada, além desta lesão, a infração do dever.⁷⁸

⁷⁶ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A Função da Culpabilidade no Direito Penal Contemporâneo. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2002.

⁷⁷ *Ib.*, p. 56.

⁷⁸ Especificamente sobre este ponto: “... *la dimensión de determinación no era consustancial a la norma, que se limitaba a fijar un orden objetivo de conductas (el Derecho), cuya vulneración constituía la antijuridicidad del hecho. Por el contrario, dicha dimensión surgía sólo en relación de la norma ya completa con un determinado círculo de sujetos (los culpables); sólo respecto de estos podía afirmarse que, además de lesionar el Derecho, hubieran infringido un deber.*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en derecho penal.** *Op. cit.*, p. 16).

Estas conseqüências dogmáticas do pensamento neokantiano serão o ponto essencial de questionamentos finalistas, porque esta relativização valorativa será responsabilizada, em boa medida, pela justificação de um Direito penal nazista (Escola de Kiel). As estruturas lógico-objetivas, como ponto de partida do conhecimento finalista, significam a medida inversa da subjetividade axiológica do método neokantiano.

De todo o modo, não parecem existir dúvidas de que este método neokantiano permitiu a criação de um sistema penal com viés aberto, ainda que a abertura aqui fosse um tanto quanto incontrolada.⁷⁹ A falta de critérios objetivos para a configuração do valor, o qual era produto da interpretação subjetiva de sua importância histórica, não permitia a imposição de limites ao sistema, abrindo o caminho para uma jurisprudência de interesses excessiva. A interpretação dos elementos do delito não partia de conhecimentos extraídos de maneira interdisciplinar e da realidade. Esta postura redundava na falta de previsibilidade da decisão jurídica. O valor, como critério interpretativo, não encontrava barreira nas categorias do crime, não auxiliava a aplicabilidade da categoria dogmática, mas a transformava em mero instrumento destinado a justificar decisões. A norma jurídica limitava-se a reiterar a norma de cultura, estando incapacitada para conter a sua aplicabilidade por debaixo de certos padrões e limites.

2.4 Finalismo

O pensamento finalista é, atualmente, muito mais conhecido e aplicado por suas conclusões do que propriamente por suas premissas e metodologia. A significativa aceitação dos resultados dogmáticos deste pensamento, no Direito europeu e latino, nunca foi capaz de superar as objeções decorrentes da lógica de raciocinar que culminou nas soluções oferecidas por esta escola penal. Em verdade, alcançou-se algo curioso no universo jurídico

⁷⁹ Apontando o funcionalismo penal de ROXIN como um desenvolvimento do pensamento neokantiano: “*El método neokantiano modifica el enfoque puramente jurídico-formal propio del positivismo jurídico causalista, introduciendo consideraciones axiológicas que llegarán a su pleno desarrollo con el funcionalismo moderado de ROXIN.*” (SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón. La teoría del delito como sistema ordenado de conocimientos. In: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Júlío. *Op. cit.*, p. 457).

acadêmico: a aceitação das consequências dogmáticas e a rejeição do método.⁸⁰ A formulação do conceito de ilícito pessoal e a superação de sua versão meramente causal, a tipicidade subjetiva, a diferenciação entre os erros de tipo e de proibição, por exemplo, por mais que tenham conseguido se impor no sistema penal continental, não foram capazes de promover nem de ilustrar a adoção mais ampla das postulações de HANS WELZEL.⁸¹

Os fundamentos da escola finalista residem na negação do normativismo excessivo (relativismo axiológico), traço marcante do pensamento antecedente e que permitiria ao jurista a liberdade de criar, como bem entendesse, as categorias a serem adotadas no universo do Direito. Nesse sentido, as formulações implicam em forte oposição ao pensamento neokantiano do começo do século, tantas vezes responsável pela abertura sistemática proporcionada à Escola de Kiel.

A tese consiste no fato de as formas jurídicas não poderem ser construídas sem qualquer vínculo com a realidade ontológica ou com o conhecimento auferido por outros campos do saber. O jurista deve, antes de estabelecer suas proposições normativas, buscar descobrir a verdade dos objetos que se relacionarão com as construções legais e dogmáticas. Somente assim será possível articular racionalmente as imposições de certos comportamentos e suas conseqüentes sanções criminais. A matéria do dever-ser tem de obedecer às fórmulas do ser, não sendo permitidas, neste cotejo, contradições compreensivas.

⁸⁰ No caso deste trabalho, mais do que ponderações a respeito dos aportes metodológicos do finalismo na teoria do delito, o que importa é o método em si, tendo em vista a sua derivação para a construção de um sistema penal fechado. Além disso, o método finalista foi o seu maior objeto de crítica e, conseqüentemente, o motivo maior de formulação de um sistema aberto teleológico ou normativo. Nesse sentido: SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Op.cit.*, pp. 143 e ss. RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 82.

⁸¹ No Direito penal alemão, esta afirmativa é bastante comum e propagada pelos próprios finalistas: “*El hecho de que la teoría de lo ilícito se impusiera finalmente, después de larga y agrias discusiones, entre nosotros, no se debió tanto a consideraciones de principio. Ello se debió en mayor medida a que la jurisprudencia, y en parte el legislador, hicieron paulatinamente suyos sus conclusiones más sobresalientes.*” (HIRSCH, Hans-Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. Tradução Mariano Bacigalupo. In: POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Estudios jurídicos sobre la reforma penal**. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1987, p. 21). A própria teoria da tipicidade penal hoje aceita, inclusive no Brasil, embora reúna as características da construção de WELZEL, não significa a aceitação e entendimento pleno de suas assertivas. Já foi feita esta consideração em: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Op.cit.*, p. 69.

Por isso, o normativismo, ao permitir a liberdade criativa em limites extremados, é claramente questionado. Sua admissão irrestrita, de acordo com o finalismo, pode levar ao engano de permitir ao Direito a sua completa desvinculação das outras ciências, conduzindo-o à promoção de afirmações não verdadeiras em outras searas. O pensamento final, como frisado, parte da premissa de que as ciências em geral não apresentam contradições, o que elas fazem, cada qual ao seu modo, é descrever um mesmo objeto sob um enfoque diferenciado, complementando o conhecimento em busca da essência de um determinado ser. O Direito não cria o seu objeto, só o reconhece, devendo-o fazer da forma mais adequada para evitar falsidades e consagrações de meras aparências.⁸² Enfim, o Direito está limitado às formas já concebidas do universo ontológico.

A metodologia de WELZEL, ao entender a verdade como produto derivado dos diversos segmentos continuados das ciências, coloca-se de maneira contrária àquelas do normativismo e do positivismo. No primeiro caso, considera existir uma desvinculação potencial entre o Direito e a realidade, o que afetaria diretamente a razoabilidade do conteúdo do mundo jurídico. Quanto ao positivismo, o autor não pode conceber uma ciência do Direito que tenha como premissa a separação deste em relação aos demais campos do conhecimento, sendo incapaz de assumir e demonstrar os laços espirituais que rodeiam todas as suas constatações.⁸³

Em que pesem os legítimos e fortes influxos ideológicos de questionamento ao normativismo exacerbado do nacional-socialismo alemão, que tanto

⁸² O conhecimento humano para WELZEL não possui uma capacidade construtiva independente da realidade. O que faz é emergir a verdade, utilizando como caminho a investigação das múltiplas aparências para o alcance da essência de um objeto tal como ele o é de fato. “*Conocimiento solo puede ser: comprensión del objeto tal como es. Por eso, si un objeto es a su vez materia de varias ciencias, aun así no pierde su identidad, solo sucede que en cada ciencia no aparece con la totalidad de su precisión [...] Hay una sola verdad: lo que es verdad para una de las ciencias, debe encontrar también su lugar en la otra [...] Seguramente que hay diferentes métodos, pero estos no ‘crean’ de manera diferente una idéntica ‘materia’ amorfa, sino que se rigen por los distintos ‘aspectos’ del objeto. De todos modos no se nos da nada de ‘amorfo’ que haya de crear, sino que es nuestro conocimiento del objeto lo que es primero ‘amorfo’ y lentamente ‘crea’.*” WELZEL, Hans. Derecho penal y filosofía. In: **Estudios de derecho penal**. Tradução Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2003, pp. 150-151. Este trecho de WELZEL permite perceber, de modo bastante claro, a distinção de seu pensamento com aquele desenvolvido, por exemplo, por RADBRUCH. Para este último autor, o mundo é caótico, podendo ser entendido apenas por meio dos valores, isto é, através de uma compreensão humana dotada de caráter construtivo.

⁸³ WELZEL, Hans. Derecho penal y filosofía. In: **Estudios de derecho penal**. Op. cit., p. 148.

motivaram criticamente o pensamento finalista, a grande dificuldade desta corrente a respeito de sua aceitação derivou desta vinculação ontológica, ou seja, a construção jurídica sempre pautada sobre a natureza das coisas (estruturas lógico-objetivas). Isto implica na limitação do jurista, tendo em vista que suas construções deverão estar sempre apoiadas na realidade, de modo a afastar produções artificiais ou, nas palavras de HIRSCH, meramente “... *jurídico-normativas*.”⁸⁴

Esta metodologia do finalismo torna-se importante para a compreensão dos fins do Direito penal e da pena, bem como do sistema fechado que lhe é derivado. O desenvolvimento de uma teoria geral da ação ou do comportamento humano influencia a maneira de entender as próprias limitações do Direito penal e o papel que pode exercer dentro das comunidades temporal e histórica. A partir da percepção da intencionalidade como elemento central da atuação humano, através da antecipação das metas e eleição dos meios, o desvalor conferido pelo Direito penal através de um juízo valorativo-jurídico não poderá mais residir apenas no resultado (“... *pena como retribuição do fato*.”)⁸⁵

Ao contrário do defendido pelos causal-mecanicistas, os quais diagnosticavam o comportamento como um movimento muscular externo, a valoração negativa, até então centrada exclusivamente no resultado, estará expandida para ação, encontrando nesta última o seu foco elementar (juízo de reprovação lastreado na subjetividade típica e na culpabilidade da consciência do ilícito). Assim, um primeiro passo para a reformulação do conceito de ilícito é dado. Mais do que causar um resultado, a relevância jurídico-penal passa a ser a infração do dever. Isso, em consequência, determina um modo diferenciado de enfrentar o problema da norma penal, a qual não pode evitar diretamente resultados indesejados, mas influir sobre os comportamentos que tenham a potencialidade de ocasioná-los.

⁸⁴ HIRSCH, Hans-Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. Tradução Mariano Bacigalupo. In: POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Op. cit.*, p. 21.

⁸⁵ Sobre o desenvolvimento metódico do finalismo, especificamente em relação ao conceito de ação, vide: WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Na doutrina brasileira, destaca-se o trabalho de LUISI, Luiz. **O tipo penal e a teoria finalista da ação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

Isto não quer dizer que o Direito penal esteja totalmente despreocupado com o resultado. Tal afirmativa desvincularia a infração de dever do seu conteúdo de lesividade. Mais importantes do que as conseqüências são as condutas, sempre inspiradas pela negação dos valores sociais e regidas pela intencionalidade (aspecto subjetivo final) que as comanda. Esta formulação de WELZEL inaugura uma verdadeira revolução na dogmática jurídico-penal, tendo em vista que é capaz de justificar de modo mais convincente, dentre outras, a punição da tentativa, situação em que, não obstante a inocorrência do resultado, o desvalor da ação é capaz de promover a responsabilidade penal. A acentuação demasiada do resultado, como se fazia sobre o dogma causal, conduzia ao pleno utilitarismo do Direito penal, uma vez que o juízo de valor jamais poderia ser realizado sobre o comportamento em si mesmo, na sua negatividade, mas somente sobre os resultados, proveitos ou sucessos desta atuação.

O julgamento jurídico não se daria sobre a conduta, mas sim sobre a sua conseqüência, esquecendo-se de considerar todo o aspecto deletério que está subjacente à opção tomada pelo cidadão infrator. Nesse sentido, o Estado utilizaria um Direito penal muito mais voltado para evitar as conseqüências avaliadas como prejudiciais do que propriamente reafirmar perante a coletividade sua desaprovação em face de um comportamento dissociado daquilo que é esperado dos integrantes da comunidade. Poder-se-ia dizer que mais negativo do que a realização do dano é a vulneração da norma, a oposição entre o mandamento jurídico e a intenção do delinquente (infração do dever jurídico).

Mais relevante do que os efeitos positivos ou negativos circunscritos a um resultado especificamente proporcionado deve ser a manutenção de uma tendência comportamental constante, a qual se dará com a defesa dos valores ético-sociais.⁸⁶ Se a missão do Direito penal fosse a repressão por ocorrências de resultados lesivos, sua preocupação estaria restrita ao passado, tendo em vista que sua atuação sempre pressupõe a verificação de eventos já ocorridos. Sem negar que o Direito penal atua em razão de ocorrências pretéritas, o

⁸⁶ Ainda que WELZEL negue com veemência a punição de meras intenções, com o que faz a diferenciação entre o direito e a moral, deixa claro que: “*Asegurar el respecto por los bienes jurídicos (esto es, vigencia de los valores de acto) es más importante que lograr un efecto positivo en el caso particular actual.*” (WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 4. ed. Tradução Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 4).

autor lança sua finalidade para o futuro, uma vez que, ao proteger a vigência dos valores ético-sociais, atribui a este segmento jurídico a sustentação das premissas axiológicas que permitem a sobrevivência do Estado e da sociedade.

Deste aspecto resulta, com clara originalidade, a proteção dos bens jurídicos de maneira mediata, algo por completo dissonante da perspectiva clássica do Direito penal ou da criação positivista de VON LISZT e seu bem jurídico materializado no interesse tutelado.

Para WELZEL, a proteção de bens jurídicos não é a razão de existir do sistema criminal, ainda que realize esta função. O esgotamento do Direito na proteção de bens jurídicos significaria uma meta sempre fracassada e pobre. Fracassada porque tais bens já teriam sido violados pela não-observância de alguma mensagem prescritiva quando do acionamento da persecução penal; pobre porque esqueceria que o Direito penal não protege os bens jurídicos em sua integralidade, mas em determinadas formas de agressão, as quais são penalmente mais relevantes enquanto violações de valores ético-sociais (desvalor da ação) do que como atos atentatórios em si mesmos (desvalor do resultado).⁸⁷

O fundamento do finalismo acaba por construir epistemologicamente todas as características que outorgam ao Direito penal a sua própria razão de existir. Por trás das proibições, as quais atacam diretamente bens jurídicos, estão os valores ético-sociais, responsáveis pela construção de uma determinada sociedade. O Direito penal atua como elemento mantenedor desta comunidade, refletindo os valores do marco cultural de uma época.

A função primordial da dogmática penal – enquanto ciência prática responsável pela explicitação sistemática dos pressupostos de imposição da pena – é proteger e reafirmar os valores ético-sociais, isto é, olhar para o futuro, formar eticamente os

⁸⁷ Esta forma de raciocínio posteriormente será utilizada e extremada por JAKOBS a respeito dos fins do Direito penal. WELZEL, como seu mestre, já havia, entretanto, lançado as bases do pensamento. “*El Derecho Penal otorga protección a los bienes jurídicos sólo contra agresiones configuradas de determinada manera.*” (WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 5).

indivíduos, fortalecer a “... *consciência da permanente fidelidade ao direito*”.⁸⁸ Este é um traço hoje muito marcante da função preventivo-geral positiva de pensamentos como os de JAKOBS.

Tais valores ético-sociais não são realidades etéreas e vagas, mas sim constitutivas das balizas mínimas de convivência social. Eles estão arraigados no ser, envolvem a atuação humana final na medida em que são ratificados ou questionados pelos comportamentos. A justificação da pena coloca-se na projeção do dever-ser no ser,⁸⁹ realçando, em primeiro plano, a conduta, para posteriormente cuidar da problemática do resultado.

A pena apresenta-se como a retribuição necessária e pautada através de um juízo ético-negativo, elemento intrínseco e formador do conceito de culpabilidade. Na medida em que a pena retribui esta valoração negativamente auferida, possibilita ao sistema criminal a capacidade preventiva de novas agressões a bens jurídicos e impõe à consciência coletiva o respeito que deve ser conferido a tais valores naquela comunidade. Trata-se de uma espécie de retribuição preventiva.⁹⁰ Não é à-toa a destacada similitude entre a visão retributiva clássica (legalismo ou formalismo ético) e a finalidade preventivo-geral (garantia de expectativas normativas) desenvolvida pelo funcionalismo contemporâneo.

Estas considerações apontam para o diagnóstico que se faz do finalismo como um modelo sistemático fechado. O aporte ontológico que limita a construção jurídica restou por impedir a compreensão do conceito de ação como representação de sentido. A finalidade do sistema criminal como um todo está restringido por uma estrutura ontológica,

⁸⁸ *Ib.*, p. 3.

⁸⁹ Neste sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. Tradução José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 88.

⁹⁰ WELZEL faz uma distinção entre autores ocasionais e delinquentes por estado. As respostas penais, afirma o autor, devem ser diferentes para ambos os casos, através de uma dinâmica de via dupla. Para os primeiros, o Direito penal deverá apresentar característica retributiva lastreada na culpabilidade e tipos estritos. À segunda hipótese atribui-se uma estrutura de prevenção, a ser complementada pela aplicação de medidas de segurança em conjunto com penas. Esta divisão de tratamentos não parece tão distante daquilo que será chamado de Direito penal do inimigo por JAKOBS. Enquanto os primeiros, embora infratores, podem ainda introjetar os valores ético-sociais, estas esperanças já estariam completamente perdidas perante os segundos. Entretanto, ocorre que não há qualquer avaliação de fundo científico um pouco mais elaborado, no sentido de dizer quais são os verdadeiros fatores capazes de propiciar que dado sujeito alcance esta ou aquela classificação. WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 10.

extraída de modo dedutivo e axiomático.⁹¹ O sistema não concebe a transformação do juízo de valor que se faz sobre os fatos, como a possibilidade de vincular a infração de dever com as metas de imposição da pena.

Se, por um lado, os conhecimentos estranhos ao Direito penal são essenciais para a elaboração de categorias como a ação final, por outro estes saberes não-jurídicos sofrem enormes dificuldades para funcionar como influxos relevantes na solução de casos. No exato instante em que a pena responde ao juízo negativo ético-social, as informações obtidas sobre a sua concreção social são desprezadas para a eventual revisão desta tarefa. A pena, contudo, não é uma estrutura ontológica, mas de sentido, igualmente à infração de dever. A idéia não é negar a finalidade como elemento essencial da ação, mas demonstrar o problema de esgotar na natureza das coisas as potencialidades dos conceitos dogmáticos.

Em grande parte do espaço acadêmico dos países que adotam o sistema jurídico continental, este fechamento cognitivo do finalismo foi o grande responsável pelas críticas e superação de seu modo de pensar.

2.5 Funcionalismo

Desde o início, o funcionalismo deve ser entendido através de sua forma mais basal de compreender a vida social, ou seja, as maneiras como os seres humanos constroem sua sociedade e, em conseqüência, regulam-na. Um aspecto basilar desta formatação coloca-se na verificação de um mundo composto por indivíduos, tomados abstratamente na singularidade. Ao contrário, por exemplo, da visão de grupos ou classes, comumente vinculados a uma perspectiva materialista dialética, o funcionalismo propõe uma composição social atomizada, pulverizada na igualdade formal.

A sociedade é composta por indivíduos, tendo o ser humano como sua base última. Imaginando-se a sociedade como um organismo, suas células são representadas

⁹¹ Nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. *Op. cit.*, p. 368.

pelos homens e a estrutura da coletividade está marcada pelas relações estabelecidas, as quais se destinam à estabilidade e padronização. Aqui ressalta-se uma visão centrada em vínculos intersubjetivos. A vida social define-se como o funcionamento da estrutura social, garantida por atividades institucionalizadas que o mantém por meio da repetitividade (“... *continuidade estrutural*.”)⁹²

As relações recíprocas entre os indivíduos, foco vultoso da postura funcionalista sociológica, atribuem forte importância ao conceito de papel social, o qual é a pauta de conduta normativamente estabelecida, com a finalidade de orientar, organizar e determinar a maneira de atuar nestas relações intersubjetivas. Na medida em que o grupo social – a coletividade – é reduzido à individualidade de seus membros, isto é, o coletivo se perfaz como mera adição do singular, os papéis sociais (enquanto códigos de condutas fixadas) passam a ser o diferencial de uma sociedade para outra. Constituem a forma de atuação esperada de um cidadão dentro de um grupo no qual ele exerce alguma participação.⁹³

Em cada espaço social em que o indivíduo está inserido há uma plêiade de papéis, sendo certo que a sociedade possui a expectativa de que todos os seus membros cumprirão com as normas adstritas à sua posição social. Assim, a família, o clube, a empresa, a universidade possuem, em sentido organizacional, uma série de papéis que serão exercidos pelas pessoas integrantes. No caso da família, existe uma tábua de comportamentos esperados de um pai, que é diferente daquela que se espera de um filho.

A partir destas constatações, é possível perceber que o método funcionalista de compreensão da realidade – o que muito influencia na forma de lidar com o

⁹² Bastante elucidativa é a descrição de CAFFÉ ALVES: “Segundo essa concepção, a sociedade é considerada como um organismo social, cujas unidades celulares são representadas pelos seres humanos individuais (substituíveis) e cuja estrutura (estável) corresponde às relações (regulares e padronizadas) entre esses indivíduos, os quais se manifestam através do seu comportamento, observado diretamente entre eles ou entre eles e seus grupos ou instituições, ou mesmo entre esses grupos ou instituições [...] A função de qualquer atividade repetitiva, como o castigo por um crime ou uma cerimônia fúnebre, é o papel que ela desempenha na vida social como um todo e, portanto, a contribuição que faz para a continuidade estrutural. A visão de classes, destarte, é substituída pela ilusória imagem do indivíduo, o qual pode ser substituído, em face da sua indiferença individual para a manutenção da ordem social determinada. (ALVES, Alaôr Caffé. **Estado e ideologia**: aparência e realidade. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 90).

⁹³ Extraí-se daí a importância que JAKOBS, por exemplo, confere aos chamados papéis sociais. In: JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 23-24.

sistema criminal – parte da premissa da harmonia, da continuidade, inserindo-se, pois, como uma clara teoria do consenso.⁹⁴ Todos os cidadãos atuam de modo convergente, tendo em vista que as expectativas sociais mútuas estão sedimentadas sob os mesmos valores, com os quais se complementam e integram. O conflito aqui, embora não seja desprezado no tocante à sua existência, não significa qualquer força de avanço ou de constituição da sociedade, ou seja, a sociedade não se reproduz por meio de conflito, mas sim alcança a sua repetitividade, ordem e funcionalidade pelo consenso. Nega-se a premissa marxiana de ser a luta de classes o motor da história.⁹⁵ Se o conflito existe, como o crime, e se este tem alguma função se verificado em padrões normais,⁹⁶ cabe ao Direito ressaltar a continuidade dos padrões esperados, reafirmar sua tábua de comportamentos e, assim, afastar a desilusão eventualmente promovida pelo delito.

O Direito, como instrumento normativo de institucionalização de expectativa, pode ter a desilusão, consistente em sua violação, plenamente desfeita. Tal não se dá com as expectativas cognitivas, nas quais a ocorrência contrária do fenômeno esperado implica na descrença daquilo que se entendia como certo ou real. Se um objeto, mais pesado que o ar, resolver subir ao invés de cair, desfeita estará plenamente a admissão da regra estabelecida pela lei da gravidade (expectativa cognitiva). Caso um cidadão cometa um homicídio, a norma jurídico-penal que o proíbe continua em vigor, havendo unicamente um abalo em sua credibilidade, isto é, uma pequena diminuição na crença de que as pessoas a observam e cumprem.⁹⁷

⁹⁴ Nesse sentido: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 214 e ss.

⁹⁵ “... a tese funcionalista desconhece, desvaloriza ou despreza referências que não contribuam a favor de uma análise de permanência, harmonia e continuidade das formas sociais básicas, sempre assimiladas a um sistema complexo de papéis diferenciados, reciprocamente referidos e integrados [...]. essa corrente não leva em conta o jogo dos interesses vitais das classes compreendidas como agentes coletivos, isto é, enquanto forças sociais e históricas em confronto objetivo para a apropriação e acumulação do sobreproduto de bens e serviços. (ALVES, Alaôr Caffé. *Op. cit.*, pp. 92-93).

⁹⁶ DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 49 e ss.

⁹⁷ Cumpre destacar que, para JAKOBS, estas consequências psicológico-sociais não são relevantes para a constituição do conceito (da essência) do crime ou da pena. Vide: JAKOBS, Günther. *Imputación jurídico-penal: desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma*. Tradução Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles. In: **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, pp. 35 e ss.

A pena é a reafirmação da norma, a mensagem de que todos podem e devem continuar a observá-la, que tal norma continua obrigatoriamente inserida nos mais variados planos comportamentais dos papéis sociais. Neste sentido, o Direito penal, como mecanismo de controle social, deve garantir a operacionalidade do sistema social, atuando para a manutenção das expectativas e para a repetição dos comportamentos essenciais ao sistema de interação.

O funcionalismo, enquanto teoria estrutural e sistêmica, não se reduz ao universo do Direito. Como forma de compreender a vida em sociedade, possui a pretensão de ser aplicado aos mais variados setores do conhecimento. Ilustrativa desta pretensão é sua própria postulação inicial, realizada por MATURANA e VARELA, aplicada às ciências biológicas. Através da elaboração do conceito de *autopoiese* (característico dos organismos vivos), foi possibilitada toda uma série de indagações e conclusões a respeito das mediações estabelecidas entre estes organismos e o meio envolvente (entorno).⁹⁸ O ser-vivo, como sistema fechado, repete suas operações vitais internamente, levando em conta que recorre sempre a si mesmo, à sua própria constituição, para viver e sobreviver (produção recursiva). O meio ambiente é capaz de modificar a maneira com a qual o próprio ser vivo, do ponto de vista biológico, produz sua sobrevivência. Nesse aspecto, o ser vivo, organicamente, situa-se como um sistema simultaneamente fechado e aberto. Fechado porque suas operações são possíveis através dos recursos e organizações internos. Aberto, porque sente os influxos do meio envolvente, as irritações, as perturbações, os *inputs*, para ofertar as respostas, reações e *outputs*.

O frio, por exemplo, exige do corpo humano uma capacidade de adaptação, que, embora tenha a irritação advinda do exterior (sistema cognitivamente aberto), deve buscar internamente a solução destinada a adequar-se à nova realidade envolvente (sistema operativamente fechado). A queda da temperatura externa (*input*) exigirá a aceleração do metabolismo (*output*) destinada a manter a temperatura interna em padrões aptos às necessidades corpóreas. A falta de adaptabilidade do corpo ao meio implica, no mais das vezes, na sua desintegração, na morte, resultado da falta de capacidade de responder

⁹⁸ Paradigmática é a obra: MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco J. **Autopoesis and cognition: the realization of the living**. Boston: D. Reidel Publishing Company, 1980.

internamente ao estímulo externo. Pode-se pensar, *verbi gratia*, na impossibilidade do ser humano em viver em locais com temperaturas extremamente baixas, tendo em vista que o corpo humano não consegue, internamente, responder de modo satisfatório a tais situações provocadas pelo meio em que está inserido.

Dentro da dinâmica das ciências sociais, a ação humana coloca-se como elemento central.⁹⁹ O funcionalismo busca identificar como a totalidade de ações – entendidas como uma série de complexas relações intersubjetivas – pode ser controlada, isto é, como garantir, a todos os indivíduos, a expectativa em face do comportamento do outro (sociedade como sistema autopoietico de comunicação). Sem tal expectativa, inexistiria a mínima possibilidade de manutenção da estrutura social. O desenvolvimento, a produção econômica, o lazer, a tranquilidade, enfim, todos os aspectos configuradores da realidade social estão sedimentados sob a base da criação de expectativas (normativas) mútuas, as quais permitem, ainda que falsamente, atribuir a determinado cidadão um grau de previsibilidade em face do comportamento do outro. A existência de balizas comportamentais, tal qual o Direito, permite o tranqüilo caminhar do indivíduo sobre uma calçada com a plena confiança de que aquele que vem ao longe não pretende ou não deve racionalmente pretender matá-lo.

O Direito é um marco institucionalizador de expectativas que funciona mediante um sistema específico, baseado na outorga de respostas cuja codificação essencial é o binômio legal / ilegal.¹⁰⁰ O sistema jurídico – ao operar recursivamente, criar e reproduzir-se a partir de si mesmo – está formulado como um modelo fechado. Afinal, apenas normas criam normas. Assim como o corpo humano, o sistema jurídico também é aberto na exata medida em que está suscetível às informações, irritações produzidas e derivadas de outros sistemas, como o econômico, o político e o científico, dentre outros. O Direito, ao buscar a manutenção das expectativas sociais, o faz por fonte própria, no entanto, a qualidade, motivação e intensidade

⁹⁹ O traslado da concepção autopoietica das ciências naturais para as sociais e, em especial, para o Direito pode ser percebida na obra de TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. 139. “*De direito reflexivo poder-se-á falar se, e apenas se, o sistema jurídico se identifica a si mesmo como um sistema autopoietico num mundo de sistemas autopoieticos, e extrai dessa auto-identificação consequências operacionais.*”

¹⁰⁰ “*O fundamento da análise sistêmica reside justamente no fato de que as ações se vêem regidas por expectativas, as quais encontram nos sistemas seus marcos delimitadores, correspondentes a diversas variáveis, das quais uma delas estaria constituída pelas normas jurídicas.*” (TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 52).

de suas respostas nada mais são que reações jurisdicionais às irritações advindas do meio envolvente, do mundo exterior, dos outros subsistemas sociais. Do mesmo modo que a temperatura externa aumenta o metabolismo do corpo, a sensação de insegurança intensifica as respostas jurídico-penais sancionatórias.

Mas há uma diferença. No caso do corpo humano, a mediação entre antecedente e conseqüente é de ordem natural, biológica (relação de causalidade). No caso do Direito, esta mediação é política (relação de sentido), fruto da decisão a respeito do uso estatal da força e, por isso, pode ser redimensionada e alterada sob outros critérios. O Direito penal está incluído no mundo político em seu sentido de poder, capaz de subjugar o cidadão de acordo com os seus critérios de eleição. A relação que une o crime (estrutura de sentido) à pena é preenchida pela opção de poder. As teorias retributivas (absolutas) mostram neste ponto a sua falha, pois jungem o crime à pena como algo imemorial, natural, espontâneo. Elas escancaram uma relação quase de causalidade nas ciências humanas, esquecendo-se do sentido existente por trás desta correlação.

Do ponto de vista específico do Direito penal, o funcionalismo, visto com certa reserva, pode acarretar possibilidades interessantes, em que pese seu traço conservador apontado pelas raízes metodológicas. A introdução de conteúdos interdisciplinares na resolução de casos concretos é de extrema relevância. Não se pode mais postular a total imunidade do universo jurídico em face das irritações do meio envolvente. Podem-se imiscuir fatores antes exógenos ao Direito quando da decisão. A introdução destes fatores valorativos, normativos, de outras científicidades não implica, necessariamente, em mais e maiores punições, subjetivismos e relativismos axiológicos. Não se pode atribuir a qualquer sistema jurídico a pecha de inseguro e imprevisível pelo simples fato de ser aberto. Não é por acaso toda a fundamentação de ROXIN, para quem a dogmática pode atuar na resolução de casos e estar orientada por motivações racionais (e previsíveis) de política criminal.¹⁰¹

¹⁰¹ É possível a obtenção da segurança jurídica com uma dogmática voltada às conseqüências. A utilização de um sistema fechado, positivista de Direito penal, do mesmo modo também não implica na necessária segurança, sendo esta última muito mais um resultado da cultura jurídico-penal do que propriamente da formalização do sistema. A integração entre dogmática e política criminal nunca foi conseguida por VON LISZT, eis que, não obstante entendesse a importância de ambos os aspectos, jamais ele conseguiu inserir os fins do Direito penal (política criminal) na resolução de casos (dogmática penal). Ao contrário, negava, como positivista, esta

O Direito penal deve estar preocupado com as consequências de suas decisões, atrelado à realidade, buscando solucionar cada caso concreto da melhor maneira possível. A questão essencial é que o funcionalismo melhor permite problematizar cada componente da teoria do delito. A idéia de fim do Direito penal não está sobreposta à dogmática como se fossem dois objetos estranhos esporadicamente reunidos. É que a dogmática passa a ser constituída através dos fins do Direito penal, de modo a compreender o delito como uma estrutura de sentido. A reprovação haverá de existir se as respostas penais forem concretamente capazes de cumprir com os objetivos que lhe são condizentes.

As premissas estabelecidas permitem perceber o modelo funcionalista como um exemplar aberto de sistema penal. Tal sistema deverá sempre estar conectado com os princípios básicos do Estado Democrático de Direito, pois só assim permitirá a integração dos fins da pena em padrões minimamente aceitáveis.

2.6 Sistemas Penais na Legislação Brasileira

Uma descrição a respeito do pensamento jurídico-penal brasileiro – especificamente no tocante aos fundamentos de sua dogmática – não é uma tarefa capaz de exaustão em todas as nuances. Isso deriva, principalmente, dos variados momentos históricos e de desenvolvimento do Direito penal nacional, além do fato de cada uma das correntes de pensamento originadas na Europa continental ter aqui assumido diversas perspectivas de incorporação na legislação e no pensar. Algumas considerações da inspiração metodológica do Direito penal nacional são importantes.

possibilidade. Nos dizeres de ROXIN, assim seria a relação de tensão entre dogmática e política criminal: “Neste caráter dúplice de sua recém fundada ‘ciência global do direito penal’ corporificava-se, para LISZT, tendências contrapostas. À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como tarefa social do direito penal, enquanto no direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal- garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado ‘Leviatã’ [...] LISZT não desejava, portanto, o que seria a consequência de sua idéia de fim, isto é, que ‘o caso concreto pudesse ser decidido de maneira vantajosa para a coletividade sem nenhuma das fórmulas artificiais dos criminalistas clássicos ...’” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 3-4).

De acordo com relatos históricos de autores brasileiros, a dogmática jurídico-penal no País ganhou verdadeiramente consistência a partir dos trabalhos circundantes – preparatórios ou posteriores – ao Código de 1940. Até então, viam-se obras concebidas em simples comentários, deficientes de sistematização e de um pensamento propriamente doutrinário que pudesse articular, dentro dos mesmos parâmetros conceituais, os mais variados preceitos das partes geral e especial. Com a ressalva de alguns autores à frente de seu tempo, os Códigos do Império (1830) e da República (1890) não potencializaram construções críticas e reflexivas, resumindo-as a escritos exegéticos com falhos apelos sistemáticos e, quando muito, amparados em algumas construções estrangeiras.¹⁰²

O diploma penal de 1940, em face da própria assertiva da Exposição de Motivos, não deixa dúvidas a respeito de sua origem eclética, mista, determinada pelo conflito entre as escolas clássicas e positivas vigentes à época.¹⁰³ Aliás, o momento histórico das ciências penais, quando de sua edição, ilustravam este sincretismo possível entre as escolas que se digladiavam pelo reconhecimento como cultura verdadeira e apropriada para a articulação das ciências criminais. Os debates entre os autores (“... *luta ou conflito de*

¹⁰² Em relação ao período compreendido de vigência dos mencionados Códigos, FREDERICO MARQUES destaca, como autores diferenciados, TOBIAS BARRETO e COSTA E SILVA. Além disso, salienta como obra – corpo de doutrina – aquela atribuída a GALDINO SIQUEIRA (*Direito Penal Brasileiro*), merecedora dos mais diversos elogios por parte de NELSON HUNGRIA. Tendo em vista que tal obra é datada de 1921, a seguinte passagem permite verificar, ainda que de modo sucinto e superficial, o cenário brasileiro até então: “*Tem toda a razão NELSON HUNGRIA. A sistematização dogmática encontrou, no livro de GALDINO, o seu primeiro trabalho realmente meritório e completo. Até então, o Direito penal brasileiro só acusava, nesse terreno, contribuições parciais ou deficientes. Estudos monográficos (alguns realmente valiosos) ou obras de ciência penal não tratadas sob os moldes do método jurídico, quando não trabalhos de empíricos comentários exegéticos, ou de interpretações doutrinárias sem a necessária contribuição científica, eis o que, de um modo geral, se notava na contribuição cultural de nossos penalistas. GALDINO é que primeiro imprime, a um estudo completo da legislação penal em vigor, o rigor técnico de sistematização segundo os cânones do método jurídico-dogmático.*” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. V. 1. Atualizado por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas-SP: Millennium Editora, 2002, p. 115).

¹⁰³ “*O vigente Código penal é eclético, pois concilia sob seu texto o pensamento neoclássico e o positivismo, como bem salienta a Exposição de Motivos. ‘Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva.’*” (MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 102). De acordo, textualmente, com a Exposição de Motivos: “*Coincidindo com a quase totalidade das codificações modernas, o projeto não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos irretratáveis ou incondicionais com qualquer das escolas ou das correntes doutrinárias que se disputam o acerto na solução dos problemas penais. Ao invés de adotar uma postura extremada em matéria penal, inclina-se para uma política de transação ou conciliação. Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva.*” (Exposição de Motivos do Código Penal de 1940).

escolas...”)¹⁰⁴ refletiam-se desde o verdadeiro e real objeto do Direito penal até as discussões da liberdade humana e, portanto, dos fins da pena. Talvez um dos poucos pontos de convergência fosse a aceitação do dogma causal.

Através desta infundável controvérsia, surgiam propostas de consenso positivadas em seus variados matizes pelas codificações que surgiam. Por meio das matérias-primas, as quais transformavam os postulados do classicismo, do positivismo jurídico e do positivismo naturalista, produziam-se soluções ecléticas, como a *terza scuola*, a elaboração de VON LISZT e o tecnicismo jurídico.

Esta última tendência, ou seja, o tecnicismo jurídico pode ser apontado como fonte principal de inspiração de nossa legislação, sedimentada sobre as bases do pensamento italiano de ARTURO ROCCO e do Código Penal italiano de 1931. De acordo com CHAVES CAMARGO, o sincretismo da legislação brasileira reproduziu o pensamento dogmático do tecnicismo, adotando para as sanções criminais tanto os corolários clássicos quanto positivistas.¹⁰⁵

No caso brasileiro, poder-se-ia dizer que o tecnicismo utilizado apresentou certas flexibilizações se comparado com aquele originalmente desenvolvido na Itália. A tese tecnicista, tal como concebida, resta por esvaziar o conhecimento do Direito penal exclusivamente àquilo que para sua realidade constitui a verdadeira experiência jurídica, qual seja, o Direito posto. É evidente, portanto, a proximidade desta forma de pensar com o positivismo de BINDING, no qual qualquer investigação de cunho filosófico ficaria excluída

¹⁰⁴ A Luta de Escolas, como ficou conhecido na Alemanha o debate travado entre positivistas e clássicos, teve o seu início a partir do denominado *Programa de Marburgo*, de autoria de FRANZ VON LISZT. Nesse sentido: SCHÖNE, Wolfgang. El futuro sistema de sanciones. In: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. **La ciencia penal en el umbral del siglo XXI: II Congreso Internacional de Derecho Penal**. Mexico: Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2001, p. 503.

¹⁰⁵ “A *Exposição de Motivos do Código de 1940* confirma a tendência do tecnicismo-jurídico, embora especifique no item 3, a não-vinculação a qualquer corrente ou escola, e revela que, numa política de conciliação, os postulados clássicos fizeram causa comum com os princípios da Escola Positiva. A colocação acima dá conta de que o tecnicismo-jurídico e, também, o positivismo jurídico neokantiano, em seguida, foram as correntes orientadoras do Código Penal, desde a promulgação, até recentemente, quando a dogmática penal brasileira se voltou, ainda que timidamente, para novas correntes de pensamento, diante dos problemas determinados pela sociedade de risco atual.” (CAMARGO, Antonio Luis. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Editora Cultural Paulista, 2002, p. 105).

da preocupação do jurista. Surgem, assim, lugares-comuns da velha tradição clássica, quais sejam; crime como ente jurídico, responsabilidade moral, distinção entre imputáveis e inimputáveis e pena retributiva e expiatória.¹⁰⁶

A legislação penal de 1940 produziu um sistema misto de postulados, os quais até hoje vigoram na cultura jurídica nacional. Ao mesmo tempo em que a pena era adotada como medida de retribuição, inegável foi a influência do positivismo antropológico de LOMBROSO e FERRI. A codificação, desse modo, é demonstrativa da tensão existente e constante entre a liberdade de vontade e o determinismo, entre a aplicação de pena retributiva *teoria absoluta* e a prevenção especial como tratamento para cessação de periculosidade *teoria relativa*.¹⁰⁷

Exemplo desta tensão é a alteração realizada no projeto original de ALCANTARA MACHADO. Imaginava o autor a necessidade de divisão e classificação dos delinquentes em modelos ideais, isto é, paradigma muito coadunado com a postura determinista italiana. De acordo com a categorização, o diploma legislativo deveria identificar os infratores como ocasionais, por tendência, reincidentes e habituais. Tais tipologias foram suprimidas do texto final, tendo em vista que, diante da falta de critérios classificatórios objetivos, além da grande margem de individualização já proporcionada ao juiz, bastaria a manutenção do instituto da reincidência como circunstância agravante (artigos 44, inciso I, e 46) e do binômio responsáveis e irresponsáveis sob a égide do sistema do duplo binário (artigo 22).

¹⁰⁶ Elucidativo é o texto de ANÍBAL BRUNO: “Mas não foi sem excessos que esta corrente desenvolveu o seu programa. Quer que a ciência do Direito penal, como diz ROCCO, de acordo com a sua natureza de ciência jurídica especial, limite o objeto de suas pesquisas ao estudo exclusivo do Direito Penal e, de acordo com os seus meios, do único Direito penal que existe como dado pela experiência, isto é, o Direito Penal positivo. Mas os tecnicistas, embora decomponham esse estudo da lei penal vigente em exegese, dogmática e crítica, geralmente só praticam a dogmática ou a exegese, mesmo porque, excluída toda investigação filosófica e intromissão de qualquer disciplina estranha ao Direito Penal naquele sentido estrito, a crítica naturalmente se esteriliza numa dialética sem substância ou supérflua, por fim, desde que na sua exposição os princípios fundamentais do Direito positivo aparecem, em geral, como os únicos legítimos e possíveis.” (BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Atualizada por Raphael Cirigliano Filho. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 75).

¹⁰⁷ Nesse sentido: CAMARGO, Antonio Luis. *Op. cit.* p. 105.

A finalidade de defesa social das consequências do crime, outrossim, deixa claro o nítido viés positivista naturalista. A medida de segurança, conforme mencionado, era aplicada de acordo com o sistema do duplo binário, ou seja, plenamente possível sua adoção em face do sujeito responsável e submetido à pena. Uma vez não presumida automaticamente a periculosidade (artigo 78), esta deveria ser reconhecida se, de fato, perigoso o indivíduo, ou se dotado de personalidade e antecedentes que refletissem uma suposição do retorno à delinquência (artigo 77). Fugia-se, pois, do princípio da proporcionalidade entre delitos e penas típico do pensamento clássico, propiciando tanto mecanismos de exclusão temporalmente indeterminados, quanto formas de controle social de um Estado ditatorial então em desenvolvimento.

A política criminal do Estado Novo apontava suas armas para os ébrios, vadios, mendigos, reincidentes em contravenções de jogos do bicho e de azar, conforme disposição do Código Penal adicionada àquela do artigo 14 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941).¹⁰⁸ Acima de tudo, buscava-se a higiene social, a conversão do indivíduo, desprovido das características valiosas da época, em mão-de-obra capaz e útil ao desenvolvimento produtivo nacional.

Após diversas tentativas de modificação da legislação penal, aí incluindo o Código Penal de 1969 (derivado do Projeto HUNGRIA), que perdurou em *vacatio legis* por nove anos até sua definitiva revogação, foi em 1984, com a reforma parcial do Código, ou seja, em sua Parte Geral, que um conjunto de novos influxos chegou ao Direito penal brasileiro codificado. Contemporaneamente ao Código Penal, foi finalmente elaborada uma legislação específica de execução (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), buscando efetivar os dispositivos da sentença judicial e permitir a reintegração social do condenado.

¹⁰⁸ Nesse sentido: “Ao que parece, o propósito destes artigos foi fortalecer a repressão às contravenções diretamente opostas às linhas mestras do Estado varguista, que primava não só pela grande valorização do trabalho como instrumento de inclusão social e emancipação política, mas também no combate às perniciosas práticas especulativas características do ‘arrivismo’ e da ‘cupidez material’ – expressões de Sevcenko – típicos da Primeira República, que seriam finalmente criminalizadas duas décadas depois na Lei dos Crimes contra a Economia Popular.” (QUEIROZ, Rafael Maffei Rabelo. A lei das contravenções penais nas ciências penais de seu tempo. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). **Comentários à Lei das Contravenções Penais**. São Paulo: Quatier Latin, 2006, pp. 37-38).

Não obstante a realidade judiciária brasileira ainda tantas vezes raciocinar por meio da ideologia subjacente à legislação de 1940 e sua central noção de periculosidade, o fato é que os novéis diplomas trouxeram ao sistema penal os postulados do finalismo e seu desenvolvimento subsequente às formulações de WELZEL. No tocante às penas, o sistema do duplo binário foi substituído pelo vicariante, o que significou a impossibilidade de aplicação de medida de segurança ao condenado considerado imputável.¹⁰⁹

Mais do que isso, pela primeira vez, o Código Penal salientou de forma taxativa os objetivos a serem perseguidos com a pena, demarcando uma finalidade dúplice de prevenção e reprovação do crime. A cultura do tratamento da cessação de periculosidade cedeu espaço jurídico para o trabalho de reintegração social, estabelecido pela dinâmica dialógica entre comunidade e delinquente. Os novos impulsos das teses acerca da pena refletem-se com a incorporação de conceitos como necessidade de sanção, importante forma de limitação da imposição penal de privação de liberdade.¹¹⁰

Conforme analisa CHAVES CAMARGO, dois posicionamentos do Código foram imprescindíveis para refrescar a ciência jurídica brasileira. Em primeiro lugar, o sistema de penas passou a permitir a adoção, no processo de individualização, do conceito de necessidade, corolário de garantia e de limitações à aplicação da pena privativa de liberdade. Em segundo lugar, o princípio da culpabilidade (normativa) foi adotado em toda a sua

¹⁰⁹ Cabe aqui a ressalva do dispositivo previsto no artigo 98 do Código Penal. Trata-se da situação do semi-imputável, o qual o magistrado, verificando a melhor adequação da medida de segurança para o caso concreto, ao invés de aplicar causa de diminuição de pena (art. 26, parágrafo único), pode submetê-lo à especial tratamento curativo: “Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.” Sobre o tema: FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

¹¹⁰ Demonstrativa desta adoção doutrinária de um Direito penal democrático é, por exemplo, a seguinte passagem: “Com efeito, um Direito Penal que se quer democrático deve se utilizar da pena aferindo no caso concreto a sua real necessidade e eficácia, tanto para o agente do delito, quanto para a sociedade que sofreu os prejuízos com a infração. Para tanto, o legislador e o juiz devem estar atentos aos princípios norteadores da sanção penal em um Estado Democrático de Direito, máxime na imposição da pena privativa de liberdade que, não obstante seja a de maior utilização, é a que menos tem auferido resultados no sentido de satisfazer as aspirações de um moderno Direito Penal Democrático.” (SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 48).

extensão, substituindo, para o aperfeiçoamento do juízo de reprovação, a idéia de conduta da vida por conceitos como consciência do ilícito e inexigibilidade de conduta diversa.

O Direito penal assumiu suas feições democráticas de Direito penal do fato, abandonando as referências deterministas relacionadas ao autor. Tais alterações significam a possibilidade de realização de uma política criminal que respeite o princípio da dignidade da pessoa humana, além de trazer limites concretos para a intervenção penal do Estado.¹¹¹

A utilização da pena, por intermédio de um critério de necessidade, deve constituir o elemento básico de sua determinação, com o Código em vigor. A sanção estará justificada se necessária. Deve ser submetida a um procedimento de individualização que não traga ônus maior ao condenado, além do imprescindível à prevenção e à sua preparação ao futuro convívio em liberdade. Nos dizeres de ASSIS TOLEDO: “*A pena passa a ser, pois, uma pena programada.*”¹¹² A culpabilidade exerce função dúplice, quais sejam: de requisito e limite máximo à sanção criminal.

Pode-se perceber que o caldo de cultura que originou a Reforma de 1984 propiciou um forte avanço na legislação brasileira, uma vez estar totalmente acordada com as diretrizes do Estado Democrático de Direito. Além disso, está apta a permitir a abertura para a incorporação de uma política criminal humana, social e responsável. Convém frisar que a adoção de um sistema penal orientado político-criminalmente não demanda, considerado o atual texto legal brasileiro, quaisquer maiores modificações de cunho legislativo. O que se necessita o é dos câmbios doutrinário, cultural, ideológico, relacionado ao pensamento jurídico que se sobrepõe ao texto, e, sobretudo, da mentalidade dos produtores e aplicadores das normas já existentes.

¹¹¹ CAMARGO, Antonio Luis. *Op. cit.*, pp. 118-119.

¹¹² “*Considere-se, porém, que em um Direito penal assim concebido, a aplicação da pena criminal restringir-se-á aos casos em que a exijam a necessidade de proteção da comunidade (prevenção) e a necessidade de preparação do infrator para uma razoável convivência pacífica no mundo social (ressocialização).*” (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 71-72).

O verniz aprimorado de intelectualidade jurídica que estava presente nos membros da Comissão responsável pela elaboração da Reforma infelizmente não se propagou para o cotidiano forense, para a reflexão das atividades legislativas posteriores, para a adoção de medidas concretas de condizente efetivação dos fins da sanção penal. Ao contrário, preferiu-se a manutenção prática, e conservadoramente revigorada, de uma defesa social lastreada na exclusão, na pena como falso transmissor de segurança social, no recrudescimento como a mais inócua das políticas penais.

2.7 Sistemas e Abertura Cognitiva Pretendida

A avaliação dos modelos sistemáticos a que se filiaram as escolas penais destacadas destina-se, em primeiro lugar, a apontar a importância desta forma de pensamento. A construção de uma doutrina jurídico-penal sistemática é, aliás, o traço mais forte da produção intelectual continental europeia neste campo, a qual, conforme já frisado, segue há cerca de dois séculos buscando construir e ordenar os conceitos da teoria do delito. Importa deixar claro que esta produção não pode se resumir a questões acadêmicas. O avanço do nível de sofisticação conceitual tem de ser diretamente proporcional ao aprimoramento das respostas dogmáticas vinculadas aos casos concretos.¹¹³

Esta referência prática é o motivo pelo qual o sistema deve ser prezado, desenvolvido, constituir um objeto de preocupação para o penalista. É um trabalho jurídico comprometido com a boa resolução de conflitos submetidos à esfera criminal. Se o pensamento sistemático tem benefícios e problemas, a meta perseguida é aquela que vislumbra alterar a sua contingente estruturação para sempre potencializar os primeiros e minorar os segundos. Um modelo estruturado sistematicamente apresenta as seguintes vantagens:

- Facilitar o exame de casos.

¹¹³ ROXIN salienta a respeito desta dicotomia entre academia e soluções judiciais práticas: “*Sólo es posible hacer frente a esas dudas de principio y conseguir tener un punto de vista propio para juzgar las principales cuestiones dogmático-sistemáticas, si uno se representa antes con la mayor claridad y referencia al caso que sea posible las ventajas e inconvenientes del pensamiento sistemático en Derecho penal, en vez de aceptar incuestionadamente, como frecuentemente ocurre, el sistema del Derecho penal precisamente en su forma de manifestación histórica dominante.*” (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 206).

- Permitir uma aplicação uniforme e diferenciada do Direito.
- Simplificar a utilização concreta das mais variadas normas.
- Atuar como um importante guia para o desenvolvimento, aprimoramento e a reflexão a respeito do ordenamento jurídico posto.

Seus problemas, ao contrário, são as possíveis desvinculações entre a justiça e o caso concreto, a redução das possibilidades de resolução dos conflitos, as deduções sistemáticas carentes de legitimação político-criminal e, por fim, o uso de conceitos de significativa abstração.¹¹⁴

Ao que parece, todas as questões apontadas como problemáticas apresentam implicações mútuas, no sentido de que derivam quase que umas das outras. Ademais, os impasses do pensamento sistemático são mais bem percebidos em razão das novas formas de criminalidade da sociedade moderna, bem como da necessidade premente de modificação da maneira como lidar com a criminalidade mais tradicional. Isso não quer dizer que a dogmática jurídico-penal deva abandonar o modo de elaboração sistemática e partir decisivamente para um método de resolução concreta de casos, a exemplo do paradigma anglo-saxão. O que devem ser exigidas são algumas transformações, como a linha teleológica iniciada pelo próprio ROXIN.¹¹⁵

O sistema jurídico-penal, como ordenação lógica de conhecimentos propostos,¹¹⁶ reclama, a cada dia, maiores aproximações à realidade, as quais não podem ser estanques, mas devem ser feitas de tal modo que os conhecimentos circundantes ao caso concreto possam influir, imiscuir-se no juízo de valoração que está detrás das decisões jurídico-penais.

¹¹⁴ Todas estas situações, positivas e negativas, trazidas pelo pensamento sistemático são oferecidas por ROXIN. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, pp. 206-215.

¹¹⁵ *Ib.*, pp. 216 e ss.

¹¹⁶ “*Un sistema consiste en la ordenación lógica de los conocimientos propuestos. De ello se deduce que el método de análisis se convierte en un instrumento indispensable para el avance y desarrollo teórico de cualquier ciencia.*” (SERRANO-PIEDRASAS, José Ramón. *Op. cit.*, 2006, p. 453).

Esta aproximação da realidade permite, por seu turno, a diminuição do grau de abstração dos conceitos da teoria do delito. A abstração, no mais das vezes, funciona como sinônimo de formalização. Tão importante quanto ordenar as estruturas dogmáticas é definir os respectivos conteúdos substanciais, pois somente assim haverá alguma possibilidade de limitação do Direito penal.¹¹⁷ Com isso se quer dizer que na exata medida em que o sistema deixa-se induzir por informações e dados sociais, mais os seus elementos, todos voltados à consecução de finalidades definidas, estarão consubstanciados em conceitos de conteúdo material.

Um sistema aberto cognitivamente e interessado na proteção de bens jurídicos relevantes pode atenuar os problemas sistemáticos apontados, sem comprometer o ideal de segurança jurídica. O uso de conceitos demasiadamente abertos, e por isso comumente formais, aponta para soluções desinteressantes do ponto de vista político-criminal. A relação inversa também é verdadeira, ou seja, na medida em que o sistema começa a se interessar pelos reflexos político-criminais de suas decisões, o que já importa em certo grau de abertura cognitiva, as estruturas do delito gradativamente abandonam sua mera formalidade. De igual maneira, a preocupação com as conseqüências redundará na criação de possibilidades de respostas diferenciadas, mas harmônicas com a dinâmica social.

Para tanto, o sistema penal deve se irritar, ser sensível com as informações externas. O malogro do regime prisional, com as taxas altíssimas de reincidência adicionadas ao fator criminógeno do cárcere, não foi ainda devidamente sentido pela dogmática penal brasileira. No entanto, mesmo com a manutenção de um sistema criminal que privilegia, acima de qualquer outra, a pena de privação de liberdade, já foi possível a adoção, ao menos na perspectiva legislativa, de medidas alternativas em proporção nunca vista (Lei nº

¹¹⁷ Um dos problemas apontados aqui é a preocupação exclusiva de ordenação, sem interesse na substância dos conceitos: “*De ahí que resulte seguramente correcto afirmar que la insistencia en un ‘ordenancismo’ nominalista es, entonces, el primero de los problemas que una concepción sistemática del delito habría de afrontar en la actualidad. Y se centre más en el contenido de los conceptos y categorías del sistema que en su mera ordenación o ‘presentación’ formal.*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. *Op. cit.*, p. 16).

9.714/98),¹¹⁸ além da criação de procedimentos específicos para os chamados Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95).¹¹⁹

Este avanço ainda é pouco para coadunar o sistema legal brasileiro e sua prática de encarceramento, com uma aplicação racional da pena no seio de um Estado Democrático de Direito. A dogmática precisa perceber, de modo a redimensionar os seus conceitos, a fraqueza científica dos argumentos que legitimam o cárcere. Essa irritação, na via de retorno, poderá permitir que a abertura cognitiva confira ao intérprete novo ferramental dogmático. Este novel conjunto de conceitos pode assumir as informações sobre a pena, transformando-as em determinantes para a sua aplicação concreta.

Este trabalho, contudo, não pode estar restrito às críticas ou propostas de finalidades que a pena tem a cumprir. Neste momento, mais importante que o fim real que possui a sanção penal é a maneira como este fim democrático a ser eleito pode inserir-se na dogmática. A propósito, os escritos sobre as metas e desafios da pena são inúmeros. Antes deles devem estar as balizas dogmáticas e as construções de conceitos normativos que os tornem, realmente, frutíferos para a decisão concreta de imposição da sanção jurídica.

¹¹⁸ Vide: GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26. 09.1995. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

3 NORMA PENAL

3.1 Direito Penal e Conjunto Normativo

O Direito penal é concretizado por um conjunto de normas. Os fins adstritos ao sistema criminal, incorporados a partir da articulação dogmática com os fins da pena, realizam-se por meio das normas, imbricadas e dependentes entre si.¹²⁰ Na realidade, são verdadeiras condições de possibilidade de exercício do Direito e de seus fins de regramento social.¹²¹

Como ao Direito penal compete cumprir sua missão por meio de instrumentos próprios, a análise das normas penais é imprescindível, de modo a permitir a diferenciação e definição de alguns conceitos delas derivados e elementares para a continuidade desta investigação. Trata-se, pois, de postular a construção da teoria do delito mediante a teoria das normas, a qual deve constituir as bases de sustentação, o alicerce mínimo sobre o qual serão erguidos os conteúdos e a configuração recíproca dos elementos do crime.

A norma jurídico-penal pode ser tradicionalmente definida como uma mensagem prescritiva, que busca efetivar em seu interlocutor uma ação ou omissão determinada.¹²² Para isso, estrutura-se no relacionamento entre uma descrição factual de determinado comportamento humano e uma resposta sancionadora.¹²³ Esta mensagem está reproduzida textualmente, especialmente diante da necessária obediência ao princípio da

¹²⁰ Este é o posicionamento de SILVA SÁNCHEZ: “No existen discrepancias en la doctrina a la hora de definir el Derecho penal como un ‘conjunto de normas’. Estas – las normas jurídico-penales – integran, pues, el contenido del Derecho penal. Por tanto, si el Derecho penal ha de cumplir determinados fines [...] resulta obvio que habrá de hacerlo a través de las referidas normas. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Op. cit., p. 311).

¹²¹ No sentido de que as normas devem servir para a realização dos fins do Direito penal e de que seus conteúdos precisam estar determinados em função destas mesmas metas: RUDOLPHI, Hans-Joachim. Op. cit., pp. 81 e ss.

¹²² A expressão “tradicionalmente” está aqui empregada para apontar que o conceito de norma descrito a concebe com um caráter de determinação, de mandato. Porém, existem outras posições, como a postura neokantiana ou a própria concepção de expectativas institucionalizadas de JAKOBS. Vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en Derecho Penal**. Op. cit., pp. 15 e ss.

¹²³ “Las normas penales se nos presentan como proposiciones en las que se incluye un presupuesto o supuesto de hecho y una consecuencia jurídica.” (ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. **Sobre la estructura de la norma penal**: polémica entre valorativismo y imperativismo. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 19).

reserva legal, realizado por meio da tipicidade.¹²⁴ De acordo com MIR PUIG, este significante, ou a palavra da lei, pode ser denominado “... *enunciado legal*...”¹²⁵

Do ponto de vista estrutural, meramente formal, deste conjunto de expressões lingüísticas, denominado enunciado, extrai-se uma ou até mais proposições (mensagens prescritivas), isto é, retiram-se significados de um significante. As proposições jurídico-penais possuem, notadamente, uma função de comando ao prescreverem determinadas ações ou omissões em face de seus mais variados interlocutores. Parece ilógico imaginar que o enunciado matar alguém possa expressar tão-somente um conselho, declaração ou simples descrição. Afinal, da imperatividade normativa resulta a própria coercibilidade inerente ao sistema jurídico.

O enunciado, por tudo isso, não pode ser identificado com a proposição prescritiva (ou a norma). Seria o mesmo equívoco de não compreender a diferença entre lei e norma ou significante e significado.¹²⁶ Se a lei traz consigo uma série de enunciados visuais, a norma, ao contrário, é produto de sentido, que pode ser alcançado mediante a compreensão. Com isso, não é possível ser feito um paralelismo quantitativo entre enunciados e normas, as quais estão expressas, no mais das vezes, por diversos enunciados. Com a análise sistemática dos enunciados legislados é que se torna possível o alcance da norma em sua integralidade.¹²⁷

¹²⁴ A importância do princípio da legalidade para as normas penais coloca-se nos seguintes termos: “*Conviene, pues, en primer término, aclarar que una norma es una regla de conducta, que puede hallarse expresada lingüísticamente o inferirse de lo que habitualmente se hace. Pero, en la medida en que aquí tratamos de las normas penales, podemos dejar de lado esa segunda opción: en virtud del sometimiento del Derecho penal al principio de legalidad, las normas penales han de hallarse contenidas en la ley.*” (VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 339).

¹²⁵ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Buenos Aires: Editorial IB de F, 1995, p. 70.

¹²⁶ Percebe-se que o enunciado não se confunde com a proposição, do mesmo modo que um significante não pode ser assimilado ao significado. De acordo com BOBBIO, uma proposição pode ser expressa por um ou vários enunciados, como se faz, por exemplo, na utilização de idiomas diversos para exprimir uma mesma situação. Igualmente, o mesmo enunciado também pode culminar em várias proposições, de acordo com o contexto em que é utilizada. (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru. São Paulo: Edipro, 2001, pp. 73 e ss).

¹²⁷ No mesmo sentido: “*La norma penal indica qué conducta esta prohibida u ordenada y amenazada su realización u omisión con una consecuencia jurídica negativa para el autor. Esto normalmente no puede conocerse a través de la mera consideración aislada de un único artículo del Código Penal. Esta afirmación no depende de posiciones doctrinales, sino que, con carácter general, tiene que afirmarse que son muchos los supuestos en que para conocer la totalidad de la norma penal han de ponerse en relación, al menos, varios artículos del Código Penal.*” (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo e col. **Lecciones de derecho penal**: parte general. Barcelona: Editorial Praxis, 1996, p. 17).

O verdadeiro alcance da proposição prescritiva, por exemplo, do crime de furto somente é obtido com o cotejo de enunciados contidos na Parte Especial, o texto do artigo 155 do Código Penal, e na Parte Geral, como as causas de exclusão da ilicitude ou a maioridade penal. Igualmente, a aferição da pena aplicável poderá depender do cotejo do enunciado subsequente à descrição típica do comportamento com aquele outro, por exemplo, atinente à tentativa.

Tudo isso demonstra, à evidência, que o Direito penal, para ser estabelecido como um conjunto de normas, precisa ser construído e aparecer por intermédio de textos legais, os quais são sinônimos de enunciados produzidos pela ordenação gramatical de signos. A partir dos enunciados, é possível a derivação de proposições, de mensagens prescritivas, do conteúdo das normas. Em suma, o texto não é a norma, mas sim a única condição pela qual ela pode ser jurídico-penalmente concebida.

É curiosa, na literalidade das normas jurídico-penais, a diferenciação entre a função que exercem e a forma em que estão impressas. Ninguém pode deixar de constatar que as disposições típicas do Código Penal e das legislações extravagantes estão expressas gramaticalmente de forma descritiva, já que em momento algum é possível perceber enunciados como: é proibido matar, roubar, furtar, estuprar etc. Não obstante a forma descritiva do ponto de vista da linguagem, a missão cumprida por tais descrições é prescrever comportamentos, induzir e modificar atuações alheias.¹²⁸ Se a função do enunciado legal fosse descritiva, sua proposição poderia ser avaliada mediante critérios de veracidade, algo incompatível com a idéia normativa. O Direito, na medida em que prescreve, impõe sua

¹²⁸ Existem autores, como HOYER na Alemanha e HERNANDEZ MARIN na Espanha, que, embora não neguem a função do Direito penal em influir sobre as condutas para a proteção de bens jurídicos, fundamentam esta problemática sobre outro viés. Para eles, não há como sustentar que a norma de conduta signifique algum imperativo, dado que inexiste no ordenamento jurídico determinação no sentido de que todas as normas em geral devam ser cumpridas. Isso resulta na conclusão de que os enunciados legais não são deônticos, são descritivos e, mais do isso, suas capacidades persuasivas derivam exclusivamente das sanções. O indivíduo, portanto, jamais violaria a norma, mas se submeteria à estrutura “se... então...”, fazendo um cálculo de custo benefício sobre o crime e a pena. Trata-se, assim, de um Direito da Pena, não da norma. Oportunas são as críticas de SILVA SÁNCHEZ a este pensamento: “*Pero la renuncia a una interpretación deóntica del Derecho Penal conlleva, asimismo, una renuncia al análisis de la racionalidad valorativa de los enunciados jurídico-penales concretos: el Derecho penal – el Derecho en su conjunto – se convierte en un puro fenómeno de poder. No existiendo un orden objetivo de conductas desde el que valorar, tampoco es posible definir los espacios de autor y víctima como esferas de libertad. La injerencia en los intereses de la víctima (en un sistema así no puede hablarse de derechos subjetivos) se convierte en una pura cuestión de precio.*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en derecho penal**. Op. cit., p. 20).

apreciação através da validade, mas jamais de padrões próprios do linguajar científico, por exemplo. Sua meta não é a demonstração, mas a persuasão do interlocutor.¹²⁹ Destarte, há um imperativo.¹³⁰

Além disso, as proposições prescritivas de natureza jurídico-penal emanam, ao seu turno, mais de uma norma jurídica em sentido estrito. Assim, ao mesmo tempo em que se dirigem ao cidadão para transmitir, informar e persuadi-lo socialmente a respeito da conduta proibida, também se voltam ao julgador, determinando que este último imponha a sanção em face do descumprimento da norma anterior. A primeira delas, voltada aos cidadãos em geral e capaz de comunicar-lhes o comportamento proscrito, é denominada norma de conduta, comando jurídico principal ou, mais comumente, norma primária e a segunda, norma de sanção, comando jurídico secundário ou norma secundária.¹³¹ Ambas estão enunciadas descritivamente, porém exercem função prescritiva para os seus respectivos interlocutores.

¹²⁹ Completa abordagem do problema é feita por: BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. *Op. cit.*, pp. 75/87.

¹³⁰ Interessante são as colocações atribuídas a BINDING, tendo em vista que a finalidade deste autor era conseguir comprovar sempre a existência de normas (valorações) por trás da lei penal. Estes imperativos, inclusive, não seriam peculiares ao Direito penal, mas sim ao Direito em geral. “*Para aportar la prueba mediata de la existencia de Normas (imperativos) ‘a partir de las leyes penales’ discute BINDING tres ejemplos de imperativos derivables de la ley. La orden podría rezar (y esta versión es la que posteriormente se muestra como la única correcta desde un punto de vista normológico): ¡no debéis matar!, o bien ¡no debéis matar bajo la amenaza de pena! O, incluso, en fin, ¡debéis cargar con pena, si habéis matado! Es importante advertir que únicamente la primera versión del imperativo hace de éste una auténtica norma, ‘prescribe’ al agente, como BINDING señala, ‘la pauta de conducta’. La segunda y la tercera versión del imperativo destruyen la norma de modo insalvable, a saber, porque o bien (como en la tercera versión) no se establece ya prohibición de matar alguna, o bien (como en la segunda versión) se somete el homicidio al ius cogens del intercambio entre homicidio y pena.*” Importante notar que em BINDING, a norma tem preexistência em relação à lei. Isso faz com que o sistema penal tenha uma dinâmica de controle que não se esgote tão-somente na pena enquanto intimidação (norma secundária), mas que possui como fator de motivação a própria norma em si, em sua imperatividade racional (norma primária). Esta ponderação distancia-se muito de uma leitura funcionalista derivada da sociedade capitalista desenvolvida, individualista, utilitária e econômico-racional. Nesta, em razão do trato prático e funcional com as normas, o controle social é exercido apenas pela aversão representada pela pena. Nos dizeres de BLINKERT, trata-se de uma *Síndrome de Hermes*. Na legislação codificada, isto pode ser visto tranquilamente, como com os crimes tributários e previdenciários e suas respectivas hipóteses de extinção de punibilidade pelo adimplemento do débito. De todo o modo, isso deixa claro que como pano de fundo da tese de BINDING há, inclusive, uma teoria do Direito da Norma em detrimento de uma exclusiva teoria do Direito da Pena. Estas referências e a citação estão em: HAFFKE, Bernhard. El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal. *Op. cit.*, pp. 131-132.

¹³¹ Na doutrina alemã, as expressões utilizadas para expressar esta dualidade são “norma de conduta” e “norma de sanção”. No caso da doutrina espanhola, a terminologia é diversa, ou seja, “norma primária” e “norma secundária”. No Brasil, há maior emprego dos termos como no idioma espanhol, tendo em vista as traduções de Direito penal e de Teoria Geral do Direito, que assim parecem preferir. Para fins deste trabalho, as expressões são utilizadas indistintamente. Sobre a questão na Alemanha e Espanha, vide nota de SILVA SÁNCHEZ ao traduzir texto de RUDOLPHI (RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Op. cit.*, pp. 81-93).

Conforme frisado, a função prescritiva destas normas exige certo caráter compreensivo das proposições, sob pena de se acolher como descrição o imperativo. Parece certo que a norma secundária (norma de sanção) permite uma inferência mais fácil se comparada à primária (norma de conduta), sobretudo em vista da lógica de imposição da pena aos agentes responsáveis pela infração do dever. Ambas, todavia, estabelecem uma unidade de sentido persuasivo e de imposição, ou seja, vinculam, cada uma ao seu modo, tanto o cidadão quanto o julgador. Se a norma primária significasse uma mera descrição, não teria sentido a cominação de pena, pois não haveria infração alguma a ser punida.¹³²

Não faz sentido punir o desrespeito ou desprezo a conselhos ou orientações, ao menos dentro do universo deôntico do Direito. Existe uma implicação dialética entre as normas, na medida em que a imperatividade da norma de sanção é parcialmente responsável pela própria coercibilidade da norma de conduta, enquanto a violação da norma primária é o pressuposto de problematização das questões atinentes à norma secundária.¹³³ Convencionalmente, pode-se chamar norma penal, em sentido amplo, a conjugação das normas de conduta e de sanção. Adianta-se que o crime será verificado com a violação desta norma penal em sentido amplo, ou seja, com a infração do dever da norma de conduta e o cumprimento do dever da norma de sanção. No entanto, salienta-se que o cumprimento da norma de sanção não é correlato necessário à imposição da pena. Cumprir o preceito secundário significa avaliar, problematizar, por meios de todas as categorias normativas, a existência ou não dos pressupostos para a aflição sancionatória ou seja, a infração do dever não é sinônimo da aplicação concreta de pena.

¹³² “De qualquer modo, a presença da norma primária é também reconhecida pela doutrina, já que, do contrário, se só existisse a norma secundária, o delito não seria infração alguma, posto que aquela não proíbe o fato ao cidadão, mas se dirige ao Juiz.” (BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 95). Importante destacar que a norma primária, embora por si já tenha um potencial de determinação de condutas em razão da racionalidade valorativa, também depende, para o incremento de sua persuasão, da existência, fática e jurídica, da norma secundária, isto é, a concreção da norma secundária, enquanto persecução, é parcialmente responsável pela coercibilidade da norma primária.

¹³³ Apontando a maior dificuldade de inferir a norma primária do enunciado legal: “*Más difícil es, en cambio, derivar de los enunciados legales la existencia de unas eventuales ‘normas primarias’, dirigidas a los ciudadanos, que les prohíben la comisión de delitos. La infracción de tales normas primarias, unida a otros requisitos, constituiría el conjunto de los presupuestos de aplicación de las normas secundarias.*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Op. cit., p. 314).

Para melhor sedimentar os conceitos a respeito das normas jurídico-penais e permitir os desenvolvimentos dogmáticos que os pressupõem, convém um breve estudo da característica da norma penal, tendo em vista as discussões sobre a sua natureza. Mais importante, ainda, é destacar com precisão os aspectos componentes das normas primárias e secundárias para, finalmente, ser estabelecida a desejada conexão entre a teoria das normas e a teoria do delito.

3.2 Normas Penais como Normas de Determinação

Antes de ser feita análise das normas primárias e secundárias, é basilar, para evitar problemas epistemológicos, a demarcação da natureza da norma penal. No estudo desta norma existe a já tradicional polémica sobre esta significar um imperativo-determinação ou uma valoração. Este debate, que pode aparentar mero academicismo de elevação inútil, traz algumas conseqüências,¹³⁴ o que passa a exigir uma pequena abordagem.

No tópico anterior já foi constatado que a norma penal possui uma estrutura estabelecida por um antecedente e um conseqüente. Assim, traz consigo um enunciado consistente na descrição do comportamento proibido e, seqüencialmente, a sanção imposta para o caso da infração normativa. Além disso, a norma penal em sentido amplo realiza-se por meio de duas proposições prescritivas, as chamadas normas primárias e secundárias. Esta estrutura sempre foi objeto de questionamentos a respeito de sua natureza. A norma penal pode ser compreendida como uma estrutura de caráter valorativo, imperativo ou ambos, dependendo tal conclusão da constatação de algumas questões subjacentes aos enunciados expostos pela legislação.¹³⁵

¹³⁴ A respeito destas conseqüências: *“En verdad podría concluirse que esta polémica enmascara una discusión más profunda acerca de los fines de la pena y del supuesto fundamento preventivo del Derecho Penal de un Estado democrático, pero ello no obsta reconocer que más que un enmascaramiento, la discusión sobre la estructura formal es el punto de partida teórico para fundamentar posteriormente los fines de la norma penal en concreto y del ordenamiento penal en general.”* (ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Op. cit.*, p. 20).

¹³⁵ Dentre as conseqüências da natureza da norma penal está a própria caracterização da essência da antijuridicidade, conforme faz questão de frisar GARCIA-PABLOS: *“... la pregunta sobre la esencia de la antijuricidad se resolverá en uno u otro sentido, según que se caracterice la proposición jurídica como norma de valoración, como norma de determinación, o como norma de valoración y de determinación.”* (GARCIA-PABLOS, Antonio. *Op. cit.*, p. 187).

Mediante uma perspectiva histórica e tendo em vista uma demarcação muito usual em relação a estas naturezas, pode-se dizer que a essência valorativa da norma penal estaria lastreada em considerações de cunho jusnaturalista, havendo, assim, uma vinculação umbilical entre o Direito penal e o Direito Natural. Por outro lado, a natureza imperativa ou de determinação da norma penal tem o seu alvorecer com o positivismo jurídico, menos preocupado com questões de conteúdo do regramento legal e mais atento à força política, ao poder jurídico conferido ao legislador.

Ambas as posições, para suas respectivas sustentações científicas, devem enfrentar, cada qual ao seu modo, os mesmos problemas. Em primeiro lugar, o questionamento está sediado na temática a respeito do que transforma uma conduta em ilícito, ou seja, qual o fundamento do conteúdo da contrariedade ao Direito. Em segundo, a dificuldade está pontuada nas razões pelas quais a norma deve ser obedecida. A controvérsia reside nos motivos de sua obrigatoriedade.

A perspectiva valorativa salienta que o Direito penal deve buscar nas leis naturais a sua representação jurídica. Isso significa que o legislador, ao elaborar o Direito, deve ser o responsável por trazer aos regramentos mundanos aqueles valores últimos que regem a lei natural. Existe, assim, uma predeterminação da matéria jurídica. Os conteúdos do Direito, ao invés de estarem submetidos à criação humana, são preexistentes, sendo necessários os seus respectivos reconhecimentos.¹³⁶ Existe uma união importante entre o Direito e o valor, sendo a violação da norma a própria violação do valor natural. A relação de contrariedade com a norma impõe sempre a inferência do antagonismo axiológico, sendo a literalidade da lei um enunciado condicionado por esta realidade prévia. Tal perspectiva, ao possuir maior facilidade para apontar o conteúdo do Direito, apresenta maior dificuldade para determinar racionalmente os motivos pelos quais a norma deve ser obedecida, restando, no mais das vezes, por retirar os segundos do primeiro.

¹³⁶ Isto quer dizer que as normas “... *recogen valores procedentes de la misma ley natural que incorporan a la ley humana.*” (ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. **Sobre la estructura de la norma penal:** polémica entre valorativismo e imperativismo. *Op. cit.*, p. 20).

A autoridade da norma aqui é extraída, justificada e condicionada pelo seu valor. Nesta concepção originária, é perceptível a relação entre Direito e Moral; deste modo, o fenômeno jurídico estará amparado pela idéia da justiça: apenas é Direito aquilo que é justo. Este modo de pensar permite, com uma certa tranquilidade, a elaboração de um conceito material de delito. Os valores naturais, imemorais e divinos sempre deverão ser responsáveis por certificar e conferir o conteúdo da norma jurídica. O problema, todavia, encontra-se na questão interpretativo-decisória, isto é, das dificuldades de definição daquilo que é o justo e, mais ainda, do preciso estabelecimento dos valores que conduzem à autoridade legítima do Direito.

O grande diferencial desta concepção para o paradigma imperativo da norma penal está no voluntarismo. No segundo caso, a norma passa a ser produto de decisão, da vontade da instância política responsável pela edição do comando.¹³⁷ A violação da norma é a violação do Direito posto, que não necessita de vínculo superior ou imanente para a obtenção de legitimidade. A autoridade deriva da coerção jurídica, do poder de império do Estado, que possui como finalidade garantir a segurança do cumprimento das normas, ofertar previsibilidade às relações intersubjetivas e às decisões judiciais (segurança jurídica).

A consequência jurídica aparece como decorrência da violação da lei. Mais importante do que o conteúdo do Direito é a sua forma, amparada na noção de legalidade e suas maneiras de produção legiferante. A norma está justificada e deve ser obedecida por aquilo que é, não sendo relevante o que diz. Este posicionamento, posto nesta faceta extremada, em certo ponto estereotipada, aponta para a inexistência de qualquer elemento ou categoria que possa limitar a tarefa do legislador. É uma teoria do poder. Subtrai-se, assim, toda a possibilidade de obtenção dogmática de um conceito material de delito.

Este, aliás, é um problema de toda doutrina excessivamente voluntarista. Se, de fato, o Direito representa muito mais o exercício da força política do que a aceitação de categorias prévias e já concebidas, é perceptível que esta postura caminha com tranquilidade para os umbrais da arbitrariedade. A arbitrariedade é impulsionada na exata medida da

¹³⁷ *Ib.*, p. 21.

fraqueza de instâncias materiais de mediação do conteúdo legislado com a prática legislativa. Admitir o valorativismo da norma penal como demarcado é bem complicado na sociedade contemporânea desencantada. Assumir a imperatividade da norma penal em termos absolutamente voluntaristas constitui, sobremaneira, um desafio para a limitação do poder.¹³⁸

A discussão entre as duas vertentes conduz, inclusive, a distintas percepções sobre o sentido da sanção penal e do próprio sistema criminal como um todo. O método que conduz à idéia de norma como violação de valor redundando na verificação da pena como manifestação de desvalor ao delito. Esta conclusão inegavelmente tende a justificar corolários retributivos. De modo diferente, a visão da norma como imperativo costuma visualizá-la como um fator de motivação de comportamentos, compreendendo-se aí a possibilidade de todo um desenvolvimento da noção preventiva existente no Direito penal.¹³⁹

Ambos os modelos descritos, importa destacar, são ideais, ao menos nos ordenamentos contemporâneos, não são vislumbrados em sua integralidade e pureza. A norma como determinação convive com toda a dimensão valorativa que lhe está por trás. As avaliações sociais que transformam um fato em delito estão inseridas no fenômeno do poder, seara de onde retiram a imperatividade para conduzir e determinar comportamentos. Assim

¹³⁸ Este desafio de limitação do poder é tão intenso que alguns autores contemporâneos apresentam uma postura bastante cética no tocante à construção eficiente de um conceito material de delito. Vide: KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material del delito? Tradução Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 129 e ss.

¹³⁹ Estas afirmativas são feitas também por MIR PUIG: “*En efecto, quien entienda la norma primaria como imperativo, atribuirá a la norma función de motivar en contra del delito, es decir, la función de prevención de delitos. En cambio, quien vea en la función valorativa el carácter esencial de la norma primaria, llevará al primer plano la función de valoración retributiva de la pena, que se entenderá como manifestación de desvalor por el hecho desvalorado cometido, esto es, como pura retribución.*” (MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. *Op. cit.*, p. 80).

como não existem diretivas de condutas que prescindam de conteúdo valorativo,¹⁴⁰ também não há valorações normativas sem qualquer tipo de instâncias de determinação.¹⁴¹

Ainda que se parta de uma concepção de norma penal imperativa, apta a determinar o comportamento humano, não é fecundo perder de vista os elementos normativos, de valor, confeccionados materialmente.¹⁴² Estes poderão, por um lado, impor limitações às práticas legislativa e judicial do Direito penal e, por outro, de **aprimorar** a imperatividade da norma jurídica. A imperatividade do comando não está relacionada com as consequências da desobediência, mas com o sentimento de ser razoável aquela limitação de liberdade. Quanto maior for a razoabilidade da determinação, maior será o cumprimento espontâneo da norma, sem o necessário acionamento da sanção. Ao contrário, a falta de racionalidade valorativa resultará na sanção como única forma de apontar a imperatividade do comando jurídico, comprometendo, significativamente, sua eficiência em determinar condutas.

Evidente que as estruturas limitantes do voluntarismo não mais podem ser alcançadas pelo resgate do Direito Natural, mas as culturas jurídica e política da sociedade podem significar um fecundo objeto de investigação. Isso é o mesmo que dizer que as normas poderão determinar comportamentos não em razão da pena como instrumento de violenta coercibilidade, mas por sua persuasão referida ao valor. A dimensão valorativa do Direito penal é um dos principais elementos que tornam suas normas primárias credoras de obediência.

¹⁴⁰ Não é possível conceber, a não ser nos primórdios do positivismo analítico, um dever-ser tão-somente como produto da vontade do soberano. Exemplo desse pensamento era a idealização de BENTHAN, assim descrita por VIVES ANTÓN: “*Característica de la doctrina del mandato es la distinción entre el soberano que manda y los súbditos, que habitualmente obedecen. Las leyes son mandatos del soberano y no cabe, en realidad, conceptualizarlas como expresión de normas, pues no son sino órdenes dirigidas a los súbditos. La teoría descansa, pues, en dos pilares: el hecho de la determinación de la voluntad del soberano y el hecho de la obediencia regular de los súbditos.*” (VIVES ANTÓN, Tomás S. *Op. cit.*, p. 347).

¹⁴¹ Nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en derecho penal.** *Op. cit.*, p. 30. No mesmo sentido: GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal: introducción.** *Op. cit.*, p. 189.

¹⁴² A postura extremada das normas imperativas extrai do fenômeno jurídico as decisões valorativas a respeito de fins. Estas passam a ser, pois, secundárias: “*Atendiendo, pues, a la cuestión de fondo, llamaré imperativista a toda concepción de las normas jurídicas que las entienda, básicamente, como medios de impulsar la conducta en uno u otro sentido (se atenga o no a la idea de mandato como fuente de ese impulso); que deje, por consiguiente, fuera del discurso jurídico (residenciándola en la ética o en la política) la discusión racional acerca de los fines y valores y que, por tanto, conciba la función valorativa de las normas jurídicas como secundaria, derivada de la función directiva, dependiente de decisiones sobre fines previos al derecho e ajenos a él.*” (VIVES ANTÓN, Tomás S. *Op. cit.*, p. 341).

Esta transmutação de um enfoque preponderantemente valorativista para a perspectiva imperativa não ocorreu por acaso, ou seja, obedeceu a toda uma contextualização histórica, na qual o Direito sofreu alterações decorrentes da própria concepção de Estado almejado. As novas relações produtivas exigiram também novas formas jurídicas. A idéia de um Direito voluntário está diretamente ligada à racionalização do Estado, com o crescente papel da administração, do pensamento jurídico como instrumento técnico destinado a gerenciar as relações sociais e, principalmente, econômicas,¹⁴³ isto é, um Direito apto a promover uma “... *organização duradoura do poder coativo*.”¹⁴⁴ Por esta razão, o Direito penal na sociedade moderna apresenta um nítido traço preventivo.

Nesta formação estatal, não parece existir espaço para a realização jurídica de valores divinos ou imemoriais. Os valores atualmente realizados devem ser aqueles obtidos **racionalmente**, tendo em vista a indispensabilidade que possuem tais bens jurídicos para a conformação social. Desta feita, estarão aptos para, ao lado da pena, contribuir para a capacidade imperativa da norma e sua possibilidade de persuasão sobre os comportamentos humanos. Do contrário, a criminalização sem qualquer referência neste sentido implicará na teoria do Direito meramente como poder e na teoria do delito, como teoria da pena.

Eis aí, uma vez mais, a importância do bem jurídico. Além de fator de limitação ao Direito penal, aqueles de extrema relevância podem ser submetidos à sua tutela, à racionalidade de suas escolhas, por meio da dimensão valorativa que lhe é inerente, que será responsável por conferir à norma penal sua potencialidade de determinação de comportamentos.

Um pensamento completamente distinto é desenvolvido por JAKOBS. Embora não negue o aspecto de obrigação contido na norma penal, tal fator não apresenta tanta relevância e, mais ainda, está completamente desvinculado de qualquer questão valorativa. A influência que a norma pode causar nos comportamentos, ou seja, a sua dimensão de imperatividade restringe-se a mero efeito psicológico, secundário, latente. A

¹⁴³ A respeito dessa configuração política do poder coativo, vide: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. **Sobre la estructura de la norma penal**: polémica entre valorativismo e imperativismo. *Op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁴ Esta expressão está relacionada com a leitura que o penalista VIVES ANTÓN faz das ponderações de HART a respeito do ordenamento jurídico. VIVES ANTÓN, Tomás S. *Op. cit.*, p. 350.

importância da norma reside na capacidade que possui de institucionalizar juridicamente expectativas cognitivas. Sua dimensão está voltada, pois, para a necessidade de funcionamento do sistema social.¹⁴⁵

Esta postura altera toda a compreensão do sistema penal. Na medida em que a norma de determinação pressupõe ordens de comportamentos direcionadas notadamente para potenciais agressores, a concepção de JAKOBS, ao outorgar às normas a função de institucionalização de expectativas, dirige-se às potenciais vítimas. A relação não é estabelecida entre imperativo e destinatário, porém entre comunicação social e orientação de comportamentos. Esta visão está totalmente coadunada com a premissa de compreender o Direito como fornecedor de pautas de condutas, como responsável por diminuir complexidades nas relações intersubjetivas, como reforço de institucionalização (habitualidade) da repetição.

Por estar preocupada exclusivamente com a regularidade das condutas, a norma penal, ao institucionalizar expectativas, não traz valor algum. A pena, igualmente, não traz qualquer valor, servindo somente para, de modo contrafático, restabelecer a confiança generalizada na norma, ou seja, na continuidade das regularidades comportamentais.¹⁴⁶ Isso aponta uma tese completamente distinta de WELZEL, onde os valores ético-sociais são protegidos pelo Direito penal. Mais ainda, distancia JAKOBS, em suas bases elementares, de concepções idealistas como de HEGEL, onde a função da pena não era reafirmar a regulação em si mesma, mas, fundamentalmente, os valores.

¹⁴⁵ No mesmo sentido: “... es una tendencia en la que desde luego no se cuestiona literalmente la concepción de las normas como enunciados de deber, aunque sí se procede a un progresivo vaciamiento de las mismas de contenidos valorativos en sentido estricto. Pues, en ella, la idea de deber aparece como una mera metáfora expresiva de las necesidades de funcionamiento del sistema.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en derecho penal**. *Op. cit.*, p. 21).

¹⁴⁶ Apertada síntese deste pensamento pode ser apreendida da seguinte passagem do autor: “El derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Eso ocurre tomando el hecho punible en su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él. Con su hecho, el autor se aferra a la afirmación de que su conducta, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, integra la conducta determinante, y que, entonces, la expectativa normativa en cuestión es un accesorio no determinante para la sociedad. Mediante la pena se declara, contra esa afirmación, que ello no es así, que, antes bien, la conducta defraudatoria no integra, ni antes ni ahora, aquella configuración social que hay que tener en cuenta.” (JAKOBS, Günther. Imputación jurídico-penal: desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma. *Op. cit.*, p. 33). Posteriormente, neste mesmo texto, JAKOBS vai desenvolver uma curiosa diferenciação entre desobediência às expectativas normativas e expectativas cognitivas, deixando transparecer toda a vertente conservadora que está detrás de seu pensamento.

A falta de aceitação desta tese funcionalista exacerbada não implica, necessariamente, em refutar a afirmativa de que o Direito penal pode auxiliar na sedimentação ou institucionalização de expectativas normativas. Esta realidade é secundária e desprezível em relação à determinação de comportamentos. O que se faz aqui é a postulação inversa daquela de JAKOBS. O conteúdo do Direito penal, principal objeto de preocupação, pode ser debatido se percebida a dimensão de restrição de liberdade que está detrás da criminalização de condutas. O pensamento funcionalista, ao contrário, despreza o conteúdo, resumindo o controle penal à função de garantia da confiança na repetitividade. Esta postura equipara a norma à regra técnica, algo inconcebível para este segmento jurídico.¹⁴⁷

O Direito penal, antes de tudo, é sinônimo de força, limitação e, porque não, de crueldades. Esta percepção se dá com a dimensão de determinação de suas normas, as quais, para não redundarem na mera ameaça da pena, devem possuir como respaldo de aceitação um grau de racionalidade valorativa, de relevância do bem jurídico que protegem. Retirar esta característica é admitir tão-somente uma dimensão descritiva e parcial da realidade, esquecendo-se do comprometimento do Direito penal em se autolimitar e proporcionar, em sentido negativo, a dignidade humana.

¹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ também efetua críticas a este posicionamento de JAKOBS; todavia, insiste na possibilidade de uma postura conciliatória entre normas que signifiquem simultaneamente diretivas de condutas e expectativas institucionalizadas. Para o professor espanhol, a norma como diretiva de conduta está relacionada ao potencial delinquente como fonte de deveres, na medida em que sua faceta de institucionalização de expectativas está voltada à potencial vítima como fonte de direitos. Assim, a teoria do delito poderia criar um duplo grau de estabilização da expectativa. Primeiramente, na norma de conduta, como espécie de consequência direta da própria determinação de comportamentos. Depois, nos casos de violação do dever, a pena também poderia ser acionada, se fosse o caso, para apagar a frustração com a infração e reafirmar a norma. Esta postura, ao contrário de JAKOBS, não nega a função da norma de dirigir os comportamentos e, ao mesmo tempo, sustenta a possibilidade de garantir a expectativa apenas pela existência do dever, independentemente da aplicação concreta da sanção. Nas palavras do autor: “...la norma de conducta, en la medida en que se muestra como formalmente vigente y, además, válida (un funcionalista diría solo: en la medida en que pertenece al núcleo de la identidad de una determinada sociedad) abriga una pretensión razonable (que no es solo psicológica, sino también axiológica) de estabilización de la expectativa que contiene. Ahora bien, en segundo lugar, si la expectativa se frustra en un caso, entonces se trata de reestabilizarla y ello puede acontecer mediante la pena, siempre que la expectativa sea de las que hay que estabilizar con la pena y no se haya producido una reestabilización por vías alternativas. En suma, las expectativas incorporadas a la norma se estabilizan tanto por la norma en sí (en la medida en que se afirman como fundamentadoras de un deber) como por la imposición de la pena, o de la aparición de alguno de sus equivalente funcionales.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en derecho penal**. Op. cit., p. 31).

Em síntese, o Direito penal possui um fim preventivo, que está diretamente derivado da natureza imperativa de suas normas. Se o fim for preventivo, a limitação de sua utilização deverá ser estabelecida racionalmente tanto via indução social da relevância dos bens jurídicos tuteláveis, quanto de sua capacidade de atuação com o uso da pena. A sanção penal poderá surtir integralmente seus efeitos na medida em que a norma seja capaz de determinar comportamentos não pela resposta jurídica, mas em face da racionalidade dos valores que consagra.

Diante destas considerações, é preciso avaliar a estrutura mais profunda deste controle. A atuação do sistema criminal é realizada por intermédio de suas normas, as quais estão compostas por determinações dirigidas ao cidadão em geral (norma primária) e ao agente público responsável pela aplicabilidade das sanções (norma secundária).

3.2.1 *Norma Primária ou Norma de Conduta*

A existência de uma norma primária ou norma de conduta é o primeiro e imprescindível pressuposto para a imposição de pena a determinado cidadão. Sua caracterização mais simplificada resume-se na proibição de condutas humanas em sentido amplo, exatamente aquelas selecionadas e dotadas de relevância penal. Trata-se, então, de uma diretiva de comportamento, de imposição jurídico-penal.¹⁴⁸ Desta simples e inicial aproximação, é possível extrair algumas características essenciais da norma primária, bem como de alguns fenômenos que lhe são subjacentes.

Um primeiro diagnóstico necessário está sedimentado na assertiva que afirma ser o Direito penal capaz de proteger bens jurídicos na medida em que auxilia a impedir

¹⁴⁸ MIR PUIG postula que a norma primária não pode ser extraída diretamente do texto legal, eis que este apenas se refere à norma secundária. Assim, a justificativa de existência da norma primária seria de caráter lógico, uma vez que “... si sólo existiera la norma secundaria, el delito no sería infracción alguna, puesto que aquélla no prohíbe el hecho al ciudadano, sino que se dirige al Juez.” (MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. *Op. cit.*, p. 72). O argumento de MIR PUIG não convence, embora não haja discordância a respeito da existência de normas primárias. O fato de não existir infração não é um problema em si, eis que algumas teorias sustentam esta hipótese, ou seja, enxergam no delito não uma infração, mas uma dinâmica de custo-benefício. O que parece mais acertado é o fato de que o Direito possui como essência a sua coercibilidade e, conseqüentemente, a imperatividade dirigida ao cidadão (norma primária) é facilmente inferida do texto legal. Trata-se, portanto, de um sentido extraído do enunciado.

ou fomentar comportamentos. Embora isso já tenha sido postulado, é oportuno ratificar esta forma específica de impedir lesões ou ameaças aos bens jurídicos penalmente relevantes. O Direito penal não possui a capacidade de evitar, em si, resultados lesivos. O que pode tentar é impedi-los tão-somente quando são produtos de comportamentos humanos, ou seja, quando são produzidos por determinada e específica forma. Também é correto dizer que, além de não proteger a sociedade diretamente da ocorrência de resultados lesivos, o Direito penal também não vislumbra evitar todo o tipo de conduta que poderia acarretá-los, mas aquelas compatíveis com sua normatividade.¹⁴⁹

Algumas exemplificações podem ser esclarecedoras. Partindo da premissa de que a morte de pessoas é indesejada para a sociedade, competirá ao Direito penal a proteção da vida, enquanto bem jurídico relevante, diante de condutas humanas que lhe são agressivas. Isso ocorre porque o Direito penal não é capaz de proteger a vida em si mesma, mas sim de condutas que se destinem a violá-la. Diante disso, não faz sentido a proteção da vida em situações que fogem da controlabilidade humana, razão pela qual ser o sistema criminal incapaz de proibir normativamente a ocorrência, por exemplo, de um desastre natural. Até diante de um conjunto que reúna somente atividades humanas, ao Direito penal não competirá proibir todas aquelas que possam afrontar a vida. Será sempre preciso uma seleção lastreada em critérios político-valorativos e em limites dogmáticos, os quais servem como primeira baliza para a diminuição do número de comportamentos, em sentido amplo, que podem ser submetidos à tutela penal.

Isso se dá, mormente, pela própria noção de ação em Direito penal, que obriga a responsabilização do indivíduo se atua, ao menos, culposamente.¹⁵⁰ Por conseguinte,

¹⁴⁹ Esta assertiva é feita diretamente por BUSTOS RAMÍREZ. “... el derecho no puede mandar o prohibir resultados... tiene la pretensión de vincular las conductas de los hombres, lo que da origen no a una ley natural ni a una regla técnica, sino a una regla jurídica, a cuestiones valorativas.” (BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte general. *Op. cit.*, p. 8).

¹⁵⁰ KUHLEN, ao analisar as postulações de FRISCH, também faz esta constatação. Tendo em vista o destaque que oferta ao merecimento de pena, os autores alemães afirmam que um primeiro limite para a sanção penal é a existência de uma ação já realizada pelo sujeito. Nas palavras do autor: “Ya esta decisión tan general lleva consigo que sólo es posible castigar a causa de hechos, esto es – precisando más – a causa de acciones ya realizadas del sujeto a sancionar, y sólo si estas mismas acciones presentan las propiedades que permiten una sanción. Se excluyen así ya algunos supuestos, como la sanción a causa de la mera peligrosidad o actitud de la persona (por ejemplo, la poena cogitationis), la sanción de los incapaces de actuar (por ejemplo, las penas a animales), la sanción de quien no ha llevado a cabo la acción merecedora de pena (por ejemplo, la

a tipicidade penal subjetiva exige a ocorrência do comportamento doloso ou culposos, excluindo, desde logo, qualquer outra possibilidade do âmbito de restrição penal. Um sistema penal desta natureza impede a proibição de resultados auferidos apenas pela causalidade (ou criação de risco juridicamente desaprovado), dado que o vínculo subjetivo atua como *plus* necessário para coibir a existência da responsabilidade penal objetiva. Inexiste a possibilidade de criminalização de meros acidentes, uma vez que estes resultados lesivos podem acontecer sem a criação humana, ao menos culposa, de um perigo juridicamente desaprovado ou, como diria WELZEL, nos delitos culposos, sem a violação de qualquer dever objetivo de cuidado.

As meras ocorrências acidentais, ainda que não se considerasse a impossibilidade dogmática, não possuem sentido algum em serem proibidas criminalmente. A proibição jurídico-penal deve se dar diante de ações humanas que podem ser evitadas, ou seja, que o indivíduo pode programar para não realizar. Conforme já mencionado, tais condutas devem ser objeto do controle do homem, de eleição de meios e antecipação de fins.¹⁵¹

Além destes limites dogmáticos que expressam, de algum modo, balizas jurídicas mínimas de uma sociedade política, existem os critérios políticos de criminalização, isto é, a escolha do legislador lastreada na racionalidade valorativa, a qual é baseada na seleção dos comportamentos mais intoleráveis, que, na maioria dos casos, são causadores de resultados material ou juridicamente indesejados. Certamente, este é um dos pontos mais problemáticos para a teoria jurídica, eis que é difícil buscar alguma racionalidade comum a todos os atos que convertem um fato em um delito. Mais do que isso, aqui se encontram algumas das questões atinentes à busca de critérios materiais de criminalização, todos eles

responsabilidad familiar o el famoso caso planteado en la Filosofía del Derecho del castigo del inocente para evitar un masacre”). (KUHLEN, Lothar. *Op. cit.*, p. 139).

¹⁵¹ Elucidativa é a passagem de BOCKELMANN citada por GARCIA-PABLOS a respeito desta questão. “La norma tiene, naturalmente, un elemento imperativista. Pues no desaprueba hechos, sino acciones. No dice, por ejemplo, algo así como: los hombres no han de morir antes de que les llegue su hora. Si se entendiera así sería también objeto de su juicio de desvalor la destrucción de una vida humana por un rayo, un incendio... Los acontecimientos puramente naturales quedan al margen de toda valoración penal. A ésta sólo le compete lo humano. Pero la norma tampoco reza así: los hombres no deben ser causa de resultados dañosos. Así entendida, bastaría para un juicio de reproche jurídico incluso simples movimientos reflejos que produjeran daños. Y eso carecería de sentido. Antes bien, la norma dice así: los hombres deben abstenerse de hacer esto o lo otro (o deben hacerlo), deben no actuar de esta o de esta otra manera (o deben actuar así). La norma penal, no es sólo implantación de un valor, sino también: imperativo, norma que prohíbe y norma que ordena. Y sólo por eso es una norma jurídica.” (GARCIA-PABLOS, Antonio. *Op. cit.*, p. 192).

com nítido viés de contenção da tendência expansionista do Direito penal. Volta-se, uma vez mais, ao problema do bem jurídico e da importância de sua dimensão material.

Para tanto, a problemática não reside nos comportamentos que não podem ser tutelados criminalmente em razão de sua própria constituição real. Não se está no terreno de limites dogmáticos de exclusão em abstrato da responsabilidade sem culpa. Quando a decisão é política nos termos aqui empregados, a limitação dogmática mais basilar já está superada, ou seja, é um problema de relevância penal, isto é, de dignidade e proporcionalidade penal da proibição, a qual, embora originariamente seja um problema político, deve ser criteriosamente dogmatizada; esta é a única forma de outorgar séria capacidade de limitação penal aos critérios materiais. O bem jurídico pode limitar a expansão do Direito penal se a batalha sobre a relevância de determinado comportamento for travada na via dogmática. A opção política e valorativa deve ser debatida dogmaticamente, dentro dos conhecidos limites teóricos e fáticos do Direito penal. Por este motivo, é possível a utilização de um sistema aberto, que não ceife o político do dogmático e, em consequência, inviabilize a crítica do primeiro pelo segundo.

A questão exata para a compreensão da norma primária obriga, todavia, a outra reflexão. Ao partir da concepção já desenvolvida, a escolha de determinada conduta como abstrata e penalmente relevante implicará sempre na restrição de liberdade dos indivíduos. Dentro de uma concepção erigida sob o princípio da legalidade, a edição da lei penal que contém a norma primária de conduta será sempre uma violência, já que está ameaçando com pena toda a coletividade. Não se trata, assim, de uma violência potencial, mas sim real. A ameaça estatal da pena é suficiente para coibir, agir sobre o intelecto, restringir hipóteses de atividades, não havendo, para isso, sequer a necessidade da sua aplicação concreta sobre um infrator individualizado.

Na medida em que a violência penal está proporcionada pela edição da norma de conduta, dogmática e politicamente justifica-se a busca por critérios materiais. O cidadão, ainda que jamais venha a sofrer a concreção da pena, não pode ficar à mercê da ameaça estatal. De fato, a norma primária exige, positiva ou negativamente, certa conduta,

portanto constrange o cidadão ao cumprimento de um dever. Esta é a sua essência. Não é à-toa que a violação da norma é nada mais que a violação de um dever pertencente à esfera do comportamento, não do resultado. A norma não proíbe a morte, mas sim determinados atos a ela direcionados. O resultado será um problema da norma de sanção, isto é, condição posterior para a imposição concreta da pena.

Por conseguinte, é possível visualizar a norma de comportamento como uma violência penal em si mesma, como norma apta, desde sempre, a restringir o cidadão de parcela de sua liberdade em sociedade. A comunidade de indivíduos aperfeiçoa-se como o verdadeiro destinatário direto da norma, uma vez que sua capacidade de regulação se inicia persuasivamente no primeiro momento de conhecimento da sua existência. Em resumo, a norma de conduta determina o comportamento, reflete uma proibição dirigida a toda a comunidade.

Esta proibição deve ocorrer somente debaixo de certos pressupostos e, com isso, o problema retorna à seara da limitação política pela dogmática. A norma como limitação ou imposição de um dever confere as duas faces da mesma moeda. Assim sendo, os pressupostos da proibição penal, de sua ameaça violenta, têm de derivar de um juízo de ponderação e estar justificados. Este juízo, como foi afirmado, é primacialmente político, mas pode possuir na dogmática penal um espaço de crítica e de limitação. Para isso, o Direito precisa definir-se político-criminalmente, valorar seus instrumentos com a mesma altura da política. Mais uma vez, reitera-se que a linguagem positivista, no seu binômio formal legal-ilegal, jamais cumpriria essa missão.

A norma de conduta, assim, expressa, detrás da determinação, um juízo de valor. Este julgamento consiste na ponderação entre limitação da liberdade, de um lado, e cumprimento de um dever, de outro. Isto equivale dizer que será legítimo penalmente aquelas normas que impliquem na outorga de um dever que compense a limitação da liberdade. Este dever deve estar necessariamente vinculado a determinado bem jurídico, de tal modo que a infração do comando possa significar a lesão ou ameaça séria de lesão ao bem protegido.

Com isso, é possível perceber que a norma de conduta em si encerra um juízo legítimo de sua exigibilidade. A pergunta, nos termos expostos por SILVA SÁNCHEZ, é: “*Quando é apropriado e proporcional para a proteção de bens jurídicos limitar, com a pena, a liberdade?*”¹⁵² Trata-se, pois, do eterno conflito entre a liberdade e a prevenção de bens jurídicos por meio da ameaça de pena.¹⁵³

É importante perceber que o juízo que está por trás da norma primária parte de uma perspectiva *ex ante* da danosidade do comportamento. O bem jurídico aqui, como categoria material de limitação, somente autorizará a criminalização se o comportamento, *a priori*, puder lhe causar algum dano ou relevante exposição a perigo de dano. Na medida em que a norma penal veta condutas, vistas como infrações de dever, o bem jurídico deverá estar protegido daqueles comportamentos que necessariamente devem, desde logo, serem evitados, cuja pena é proporcional à sua gravidade em abstrato.

Esta afirmação é relevante porque a norma de conduta deve ser verificada como o primeiro requisito para a imposição da pena, isto é, cumprir função dogmática de filtrar infrações de deveres absolutamente inócuos ou desproporcionais, desde a perspectiva *ex ante*. Posteriormente, a norma de sanção fará uma seleção ainda maior dentre os pré-selecionados, uma vez que os comportamentos realmente lesivos ao bem jurídico poderão não só sofrer a ameaça, mas também a imposição individualizada da pena.

Isso culmina na importância da avaliação da norma de sanção, que está umbilicalmente vinculada ao seu antecedente necessário. Com a compreensão destas modalidades normativas, será possível estabelecer a conexão entre a teoria das normas e a do delito e, no cerne desta última, investigar a articulação de conceitos materiais que possam limitar o Direito penal.

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. *Op. cit.*, p. 389.

¹⁵³ Em outras palavras, esta pergunta também é adotada por FRISCH para o estabelecimento de seu conceito material de delito, tendo em vista que em seu modelo o merecimento de pena ocupa posição central: “*Por eso, es correcto entender que a la decisión de restringir el Derecho penal por medio de un concepto material de delito se encuentra necesariamente unido el que sólo esta justificada una sanción de aquellos hechos que por su ‘clase y gravedad’ se hagan acreedores de pena, lo cual significa ciertamente que son merecedores de pena.*” (KUHLEN, Lothar. *Op. cit.*, p. 138).

3.2.2 Norma Secundária ou Norma de Sanção

A norma de sanção possui características diferenciadas da norma de conduta tanto em relação aos destinatários de seu comando, quanto, principalmente, ao juízo de ponderação que lhe está por trás.

Os destinatários da norma de sanção não são os cidadãos em geral, mas aqueles responsáveis pela aplicação da pena ao caso concreto. Em outras palavras, a norma de sanção é aquela que determina a persecução penal, ou seja, impõe ao agente público incumbido da tarefa julgar o dever de acionar a efetivação da sanção jurídico-penal. Nesse sentido, ela também se trata de uma norma de dever. A diferença reside na alteração do seu âmbito de vinculação, no conjunto de pessoas direcionadas a prescrever o comportamento. Não se negam os efeitos genéricos que a aplicação concreta da punição pode ter na sociedade, como, a sensação de eficácia jurídica. Contudo, pode-se dizer que norma secundária é uma proposição prescritiva de menor alcance, no sentido de vinculação quantitativa pessoal.¹⁵⁴

Ressalta-se que este menor alcance refere-se, exclusivamente, ao número de pessoas vinculadas diretamente pela norma, isto é, sujeitas a receber a sanção em caso de violação do dever de impor a pena. Se a avaliação ficar restrita ao poder de motivação da norma, independentemente de se estar ou não vinculada pelo seu dever, parece correto afirmar que a norma de sanção possui praticamente o mesmo alcance da norma primária ou de conduta. Isso ocorre porque a norma primária precisa, para se aperfeiçoar como coercitiva e motivar o comportamento do cidadão, da norma secundária. Esta dependência existe no sentido de sua eficácia concreta, consistente nas imposições sancionatórias para aqueles que infringem o dever do preceito primário.

¹⁵⁴ Esta distinção entre normas primárias e secundárias em razão dos interlocutores também é feita por MIR PUIG: “... al señalar un apena para el homicidio, el legislador pretende algo más que informar y castigar: pretende prohibir, bajo la amenaza de la pena, el homicidio. La conminación penal del homicidio transmite no sólo un aviso al ciudadano y la voluntad de que el Juez castigue llegado el caso, sino, ante todo, la voluntad normativa de que los ciudadanos no maten – salvo que concurra una causa de justificación. El enunciado legal que castiga un hecho con una pena ha de interpretarse, pues, como forma de comunicación de dos normas distintas: de una norma prohibitiva dirigida al ciudadano que llamaremos norma primaria y de una norma que obliga a castigar dirigida al Juez, la cual designaremos como norma secundario.” (MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. *Op. cit.*, p. 72).

Em outras palavras, a norma primária possui na norma secundária a sua condição concreta de sanção. Há uma relação de íntima imbricação. Não é à-toa que desta dependência da norma primária em relação à secundária que muitos autores proporcionam à segunda um valor significativamente maior. KELSEN, ao longo de grande parte de sua obra, sempre entendeu a norma de sanção como primária, esta era a condição verdadeira pela qual a norma de comportamento, secundária em seu entendimento, poderia ser propriamente jurídica. A existência da sanção programada, para o autor, é o diferencial do Direito, razão pela qual sua categoria principal é capaz de distingui-lo da moral e do trato social.¹⁵⁵ Em que pese a manutenção deste entendimento, posteriormente KELSEN mudou sua nomenclatura, adequando-se à grande maioria dos autores e à empregada neste trabalho.¹⁵⁶

Este menoscabo da norma de conduta e valorização da norma de sanção também ocorre no pensamento jurídico-penal. O penalista GEORG FREUND, que parte de uma perspectiva integral do sistema penal, afirma que o problema penal reside exclusivamente sobre a norma de sanção. Na medida em que a norma de conduta destina-se a selecionar os comportamentos com relevância penal, a dogmática poderia se interessar por casos que já possuem como pressuposto a violação da norma primária. Nas situações onde não há a violação do preceito primário, inexistiriam problematizações penais, uma vez que se estaria diante de situações penalmente irrelevantes e, portanto, incapazes de acionar a norma de sanção.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Cumpre aqui anotar a importante ressalva de HART, ao estabelecer a impossibilidade de verificar a ameaça jurídica como categoria vinculada a toda e qualquer norma. Tal postulado estaria em absoluta dissonância com o Estado moderno e, por exemplo, suas normas de adjudicação. Vide: HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1986, pp. 89 ss. A superação da problemática a respeito da necessária vinculação da sanção a toda e qualquer norma jurídica pode também ser avaliada através de uma visão de ordenamento, o qual supera a atomização da norma em si para vinculá-la a todo o universo da normatividade. Vide: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. *Op. cit.*. Também cabe destacar que a teoria que afirmava que todas as normas eram necessariamente imperativas foi, em boa parte, responsável pelo surgimento da teoria dos elementos negativos do tipo, eis que inseria as permissões dentro de um contexto mais amplo de proibições. Mais detalhadamente: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁶ Esta modificação da nomenclatura utilizada por KELSEN pode ser verificada em sua obra: KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

¹⁵⁷ Após ofertar um exemplo de caso atípico, especificamente o suicídio sob absoluta responsabilidade do falecido, salienta o autor: “*Ello se debe a que bajo ninguna circunstancia una conducta permitida puede ser considerada punible, pues solo cuando concurre como punto de partida ideal la infracción de una norma de conducta cabe plantearse una cuestión específicamente penal.*” (FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. Tradução Ramon Ragués I Vallès. In: WOLTER, Jürgen. FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 96). A premissa do sistema penal integral reside, basicamente, no fato de

Essa ponderação não pode ser aceita. O fato de a norma de sanção outorgar coercibilidade à norma de conduta não retira esta última do conjunto de preocupações centrais do Direito penal. Conforme já analisado, a norma primária é a única que mantém como destinatários os cidadãos em geral, tornando-se responsável pela comunicabilidade do Direito. A norma de conduta apresenta ainda importância para a construção de uma teoria do delito baseada na teoria das normas, além de significar um foco problemático e carente da aplicação de um conceito material de delito. Não há como negar o juízo de ponderação penal, a tensão entre liberdade e prevenção, que está subjacente à norma primária.

A norma secundária, de igual modo, é muito importante. Além de significar a sanção para a violação do preceito primário, possui uma sanção para o descumprimento do dever que lhe é próprio.¹⁵⁸ Afinal, se não possuísse uma sanção voltada aos seus destinatários, não conseguiria impor-se como norma jurídica neste padrão. Então, o funcionário público, destinatário da norma de sanção, que não impõe a pena criminal para as hipóteses devidas, arcará com consequências jurídicas. Por este motivo é que outras normas jurídicas possibilitam esta ocorrência, tal como a figura típica que descreve o crime de prevaricação.¹⁵⁹ O mesmo pode ser dito em face do acionamento da máquina administrativa para buscar a responsabilidade funcional do magistrado. Com isso, pretende-se dizer que a norma secundária também está acobertada por consequências jurídicas a serem impostas nos casos de infração aos deveres especiais que promove.

que o delito nada mais significa que uma estrutura de sentido, a qual vai aumentando sua probabilidade de ocorrência na medida em que os elementos do delito vão sendo concretizados por meio do processo. Assim, todos os instrumentos materiais e processuais (o regular andamento do procedimento) importam em pressupostos de igual relevância para a aplicação da pena. Esta perspectiva justifica, em certa medida, a posição de FREUND, pois, de fato, o problema da imposição da pena somente tem seu início com a violação da norma de conduta, jamais antes desta ocorrência. Contudo, não se pode admitir que a norma de conduta não seja um problema penal, uma vez que terá fortíssimas implicações na teoria do delito e, mais do que isso, a sua limitação, através da busca de um conceito material, configura um dos maiores desafios da dogmática penal contemporânea.

¹⁵⁸ MIR PUIG destaca: “*Lo más natural parece reconocer que tales preceptos no sólo autorizan a imponer un pena, sino que obligan a ello. Poniendo en relación este deber con la función que asignan los jueces las leyes procesales, se sigue que la ley penal obliga a aquéllos a imponer las penas correspondientes.*” (MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. *Op. cit.*, p. 74).

¹⁵⁹ O delito de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal brasileiro, é exemplo de hipótese de criminalização da conduta daquela que está obrigada a cumprir o dever estatuído na norma de sanção. A norma primária, portanto, traz, entre a sua gama de hipóteses de subsunção, a tipificação sobre a violação da norma de sanção. Transforma o descumprimento da norma secundária em norma primária, sujeita à incidência de nova norma secundária.

Através destes mecanismos de proposições prescritivas, tanto a norma de conduta quanto a de sanção, conjuntamente, atuam como pressupostos para a afirmação do delito e conseqüente imposição da pena. A norma penal, em sentido amplo, estará violada se ultrapassados todos estes requisitos de concreção da pena, podendo-se aí afirmar a existência do delito, isto é, o injusto culpável.

Para a verificação concreta do crime e sua respectiva punição, há de se exigirem polaridades invertidas em relação às normas de conduta e de sanção. A infração da norma de dever é sempre um requisito essencial, uma vez realizado o juízo de ponderação, que importa nas dicotomias entre liberdade e prevenção, custos da pena e proteção ao bem jurídico. Não basta a infração do dever imposto ao cidadão para a existência da adjudicação delitiva a certo comportamento. É preciso mais. Também é necessário que o agente responsável pela persecução penal, a instância judiciária, realize a norma de sanção, pois esta será responsável por referendar a punição prevista em abstrato, ou estabelecida como ameaça na norma primária.

Em sede de norma secundária, toda a decisão, seja de imposição da pena, seja a que a percebe desnecessária, parte do cumprimento do dever desta norma, ou seja, da realização judicial das valorações dos elementos do delito atinentes a este segundo momento. É uma norma que ordena um juízo de valor, de reprovação, de necessidade de pena. Afinal, não há como conceber a existência da punição sem a manifestação judicial, sem a sua aplicabilidade por parte do órgão público e pelo devido processo.¹⁶⁰ Por estas razões, a atribuição da qualidade de delito a certo comportamento sempre pressuporá duas dinâmicas, que consubstanciam a existência da norma penal em sentido amplo: de um lado, a violação do

¹⁶⁰ Isto quer dizer que, se por um lado, o processo apenas poderá existir com a violação de um dever previsto em lei, por outro, não há a possibilidade de um julgamento sem a obediência ao devido procedimento, sendo certo que, ao final, será o juiz chamado a realizar o mais importante dos juízos de valor, ou seja, o atinente à aplicabilidade concreta da pena. Sobre o princípio do devido processo legal: “*Materialmente, o princípio liga-se ao Direito Penal, significando que ninguém deve ser processado senão por crime previamente previsto e definido em lei, bem como fazendo valer outros princípios penais, que constituem autênticas garantias contra as acusações infundadas do Estado. Processualmente, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade do réu produzir provas, apresentar alegações, demonstrar, enfim, ao juiz a sua inocência, bem como de o órgão acusatório, representando a sociedade, convencer o magistrado, pelos meios legais, da validade de sua pretensão punitiva.*” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 85).

dever contido na norma primária pelo cidadão e, de outro, o cumprimento do dever contido na norma secundária pelo Estado-funcionário autorizado.

Nesse particular, a norma secundária possui uma valoração político-criminal um pouco diferente daquela contida na norma primária. Nesta última, a limitação da liberdade dos indivíduos mediante a ameaça de pena é menos violenta e alcança um maior número de comportamentos. A ponderação realizada está sediada no questionamento do merecimento (proporcionalidade-adequação) da ameaça penal pela relevância do comportamento abstratamente lesivo ou perigoso ao bem jurídico.

Na hipótese da norma de sanção, a ponderação político-criminal é ainda mais intensa, dado que o produto deste juízo não será uma limitação de liberdade pela ameaça, mas sim pelo constrangimento individual protagonizado pela sanção penal. Evidentemente, a norma de sanção, por sua consequência ainda mais limitadora da liberdade, deve abarcar um conjunto de casos notadamente menor, isto é, realizar uma filtragem de condutas mais seletiva se comparada à anterior. A pergunta que aqui deve ser colocada, nos dizeres de SILVA SANCHEZ é: *“Em que casos a ameaça deve, de modo necessário e apropriado, transformar-se na pena concreta?”*¹⁶¹

O que está em discussão aqui não é a violação do dever pelo cidadão, já consignada na norma de conduta, mas o conjunto de critérios que podem permitir a ameaça inicial converter-se na pena concreta final. Encontra-se, assim, o local metódico para o desenvolvimento de mais uma série de preceitos que auxiliam na formação de um conceito material de delito. Neste momento, está sediado o problema, por exemplo, do resultado, pois a violação do dever pelo cidadão que não seja capaz de ocasionar um resultado lesivo ao bem jurídico não pode implicar na transformação da ameaça em punição. Se a lesividade ao bem jurídico é vista em abstrato, *ex ante*, pela norma primária, agora passa a ser vista em concreto, *ex post*, pelo juízo adstrito à norma secundária. A inexistência de consequências lesivas

¹⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** *Op. cit.*, p. 389.

implica na impossibilidade de adjetivar a conduta como delituosa e, evidentemente, impor a pena.¹⁶²

Da mesma forma e conforme será desenvolvido, este é o momento para a apreciação dos efeitos preventivos concretos da pena. A aplicação da punição tem de estar amparada pela possibilidade de concretização social dos seus fins. O juízo de valor da norma secundária é um ponto de confluência entre os fins da pena e a sua aplicação. Para isso, estas finalidades da sanção penal devem ser articuladas pelas categorias do delito aqui presentes, tornando-as normativas no cerne do sistema aberto.

Para traçar este caminho, é imprescindível estabelecer a relação mais profunda que existe entre a norma penal e os elementos da teoria do delito. Posteriormente, será permitido avaliar a concatenação específica de cada um destes elementos com a teoria das normas e, sobretudo, com os fins da pena.

3.3 Teoria do Delito e Teoria das Normas

A elaboração da teoria do delito sobre a teoria das normas é uma opção metodológica. No caso deste trabalho, esta escolha foi efetuada tendo em vista a maior capacidade que uma teoria assim confeccionada tem para permitir a limitação da intervenção penal.¹⁶³ Mas nem sempre este relacionamento entre as duas teorias, das normas e do delito, esteve comprometido com algum ideal ou perspectiva limitadora.

¹⁶² Nesse sentido, pode ser afirmado que o resultado “... como expresión de la efectiva lesividad de la conducta peligrosa, no pertenece al ámbito de la norma primaria, sino al de la norma secundaria. Es, pues, una cuestión que afecta a la ‘sancionabilidad penal’ del comportamiento penalmente prohibido y no a la propia ‘prohibición penal’ del mismo.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. . Ib., p. 416).

¹⁶³ BACIGALUPO, em artigo originariamente publicado em homenagem a JAMES GOLDSCHMIDT em 1974, aponta as origens da recepção da teoria das normas no Direito penal. Além disso, claramente demonstra sua importância para o desenvolvimento dos trabalhos dogmáticos: “*En términos generales puede decirse que la teoría de las normas ha pretendido y pretende ser el fundamento objetivo de la sistematica del delito y, por lo tanto, de la dogmática penal. Esta afirmación no debe relativizarse por el hecho de que los autores de mayor significación en la elaboración de la sistemática moderna hayan procurado – de una manera más aparente que real – reducir el ámbito de influencia en la teoría de las normas.*” (BACIGALUPO, Enrique. **Hacia el nuevo derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pp. 228-229).

Um exemplo comum, que demonstra uma teoria das normas e do delito sem nenhuma intenção de contenção da criminalização, é o proposto por BINDING. Conforme apontado quando da análise do positivismo, o modelo do idealizador da teoria das normas estabelecia uma teoria do delito de natureza formal. Melhor dizendo, sua concepção estabelece um conceito formal de delito definido pela conformidade do comportamento humano à lei e seu antagonismo à norma de Direito público geral. Inexiste qualquer preocupação com o conteúdo do comando jurídico, devendo a norma ser obedecida por sua imperatividade.¹⁶⁴ É traçada uma estrutura teórica que possui como característica marcante um incontrolável voluntarismo.

A elaboração de uma teoria material também não pressupõe, obrigatoriamente, a vinculação da teoria do delito à teoria das normas. É possível tentar estabelecer limitações materiais, de conteúdo, ao Direito penal sem o exposto relacionamento entre as normas e as categoriais do crime. Assim sendo, é uma teoria material desvinculada. A construção do conceito de bem jurídico, sob certo enfoque, pode representar, dentre outros, uma significativa etapa de desenvolvimento neste caminho.

As construções de VON LISZT, por exemplo, apontam para esta forma de pensar o Direito material sem as conseqüências imediatas produzidas pela teoria das normas. A elaboração do conceito de bem jurídico como lesão ao interesse proporciona uma série de enunciados metódicos, ou mesmo princípios, que buscam limitar os espaços de ingerência estatal. Conceitos como lesividade e ofensividade estão destinados a atuar como ferramentas impeditivas da criminalização desenfreada.¹⁶⁵ O problema deste modelo está sediado no traço positivista que marca a produção do autor. Estes argumentos de princípios atuam como mecanismos para crítica legislativa (*lege ferenda*), conferindo importância à política-crimal. A forma do saber jurídico da época jamais permitiria que tais conceituações fossem inseridas no cenário dogmático. Assim, como conceitos materiais genuinamente externos ao Direito

¹⁶⁴ Nesse sentido: CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁶⁵ A conceituação de bem jurídico como interesse tutelado está assim definida pelo autor: “*Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz. Chamamos bens jurídicos os interesses que o Direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses dos homens, ou do indivíduo ou da coletividade.*” (VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal**. Tomo I. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas–SP: Russel Editores, 2003, p. 139).

penal, sofrem a tendência natural de formalização, totalmente mortífera para as pretensões anunciadas.

Uma outra espécie de teoria jurídico-penal desvinculada da teoria das normas é a propugnada por ROXIN. A obra do autor demonstra o seu pouco interesse em estabelecer maiores conexões entre os elementos do delito e os conceitos atinentes às normas jurídico-penais. É de suma importância notar que esta desvinculação não obstaculiza, no caso, a busca por um conceito material de delito, definido como “... *a qualidade do conteúdo da ação punível*.”¹⁶⁶ Mais do que isso, a lapidação do conceito relaciona-o com outros aspectos materiais, como a idéia de bem jurídico. A desvinculação do modelo de ROXIN das teorias da norma não significa o mesmo problema apontado para a construção de VON LISZT, cuja teoria material do delito é desvinculada e projetada em um sistema fechado (positivista). No caso de ROXIN, há a desvinculação dentro de um sistema aberto (teleológico-funcional).

Isso permite a ROXIN realizar dois grandes aportes normativos em sua teoria do delito. Em primeiro lugar, redimensiona a tipicidade penal para incluir o conceito de risco proibido, capaz de delimitar o âmbito de proteção da norma. A idéia da violação do dever está interligada com o problema da produção do risco juridicamente desaprovado.¹⁶⁷ A inserção deste conceito abre um espaço normativo na tipicidade, complementa as categoriais já existentes com um juízo axiológico. O segundo grande aporte consiste na remodelação da culpabilidade, inserindo-a como espécie do gênero intitulado responsabilidade, a qual estará, daí em diante, consubstanciada pela culpabilidade em sentido estrito e pelas finalidades preventivas da pena. Com isso, o pensador alemão consegue inserir um juízo de finalidade da pena como categoria estrutural de verificação da ocorrência do delito e fixação da reprimenda. A culpabilidade será um limite máximo para a pena, remete à idéia de retribuição. O juízo integral de responsabilidade, contudo, deverá considerar também os fatores de índole preventiva.

¹⁶⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 51.

¹⁶⁷ Sobre esta questão, vide: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva**. Tradução Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 230 e ss.

No caso do presente trabalho, a perspectiva é um pouco diferenciada. Se a missão do Direito penal é a prevenção de bens jurídicos relevantes, esta tarefa poderá ser cumprida somente por meio da pena. Desta feita, o Direito penal poderá proteger os bens jurídicos e, conseqüentemente, cumprir sua vocação, unicamente se a pena puder fazê-lo. A limitação do Direito penal deve ser dada pela fronteira entre as capacidades e incapacidades de sua arma principal. Caso a pena não consiga proteger o bem jurídico, não será racional a sua aplicação, não havendo o que se falar em delito.

Na medida em que os fins da pena constituem os ideais de limitação do Direito penal, ou de construção de um conceito material de delito, tanto a norma primária, quanto a secundária apresentam importância. Isto é fundamental, pois as conseqüências para a teoria do delito tendem a se diferenciar quando é outorgada maior relevância para uma ou outra. A teoria do delito lastreada na preponderância da norma primária costuma ser apresentada como uma “... *teoria da infração do dever*.”¹⁶⁸ No caso oposto, colocar-se-á provavelmente diante de uma teoria da imputação.

Uma teoria do delito como infração do dever possui como benefício manter os elementos ontológicos mínimos para a configuração da conduta antijurídica, além de proporcionar melhor definição do conteúdo do ilícito; por isso não pode ser desprezada. Ao contrário, uma teoria da imputação favorece um sistema aberto, no qual o centro de gravidade da teoria do delito é posterior à antijuridicidade. Há, assim, um maior espaço para a normatização dos conceitos.¹⁶⁹ Portanto, é essencial uma proposta intermediária, no sentido de extrair os privilégios de ambas as hipóteses. Desse modo, será almejado um modelo que utilize a dinâmica da pena tanto para conferir legitimidade à norma primária, quanto para postular critérios destinados ao juízo da norma secundária. No primeiro caso, o conceito será o merecimento de pena e, no segundo, a necessidade de pena. Noutros termos, a teoria material

¹⁶⁸ Esta é a postura de BACIGALUPO, ao afirmar que: “*El sistema de la teoría del delito presupone que éste es, ante todo, la infracción de una norma. La obra con la que puede considerarse que comienza el desarrollo de la teoría moderna del delito se titula precisamente ‘Las normas y su infracción’, y fue publicada por KARL BINDING por primera vez en 1872.*” (BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, pp. 242-243).

¹⁶⁹ Estas características e tendências são estabelecidas por SILVA SÁNCHEZ. Vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Normas y acciones en derecho penal*. *Op. cit.*, pp. 34 e ss.

do delito deve ser construída como uma teoria da conduta merecedora e necessitada de pena.¹⁷⁰

Diante desta conclusão, foram estatuídas todas as premissas até o momento. Assim como em ROXIN e diferentemente de BINDING ou VON LISZT, um sistema aberto, de natureza teleológica, pode ofertar um conceito material de delito construído nestes moldes. Em segundo lugar, a missão do Direito penal precisa estar bem definida. A finalidade última deste segmento jurídico é proporcionar a proteção de bens jurídicos, conceito apto a iniciar um primeiro plano de limitação do conteúdo da norma primária e da aplicabilidade da norma secundária. Em terceiro lugar, a verdade dos fins da pena é elementar para o estabelecimento das fronteiras do Direito penal, não havendo sentido em utilizar a sanção para tarefas que sabidamente não podem ser cumpridas.

A teoria das normas possui uma função metódica e de esclarecimento, podendo agrupar sob o mesmo tópico, de um lado, a norma primária, a antijuridicidade, o merecimento de pena e o juízo de proporcionalidade ou deontológico e, de outro, a norma secundária, a culpabilidade, a necessidade de pena e o juízo de utilidade ou de consequência.

¹⁷⁰ Em que pese as críticas de diversos autores a respeito da possibilidade de se buscar um conceito material de delito, FRISCH também parte da premissa de alcançar o conceito por meio dos critérios de merecimento e necessidade de pena. Ilustrativa é a seguinte passagem: “*La respuesta más absolutamente extendida a esta pregunta define el delito a través de una relación entre la realidad a valorar y la pena, o mejor dicho: una relación que contempla dos aspectos y resultados de juicio a la vez. Delito es una conducta que aparece como merecedora y necesitada de pena. Ello no apela únicamente a la mera aceptación. Existen razones materiales para aceptar esta respuesta y continuar a partir de ella: que sólo pueda castigar lo que merece pena, esto es, sólo aquello que logra hacerse acreedor de pena, no es más que una traslación de los postulados de justicia (del ‘suum cuique’) al problema de la imposición de la pena. Y que llegue a pensarse cuando la pena no es necesaria es un dictado de la razón como la justicia.*” (FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen. FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 200).

4 ESTRUTURAS DO DELITO

4.1 Teoria do Delito como Pressuposto de Punibilidade

A teoria do delito, para além de uma função declaratória ou de simples reconhecimento de fatos ocorridos, possui como característica essencial a sua capacidade de constituir o conceito de delito. Este, como definição jurídica que é, não existe sem a adoção ordenada e sistemática de diversas categorias. O comportamento concreto perceptível pelos sentidos não traz em si alguma essência criminosa, nem carrega consigo a mácula da ilicitude e tampouco pressupõe qualquer exigência de reprovação ao seu executor.¹⁷¹ As conceituações jurídicas são convencionais, mudam com tempo, estão sempre inseridas em algumas circunstâncias, preenchidas por interesses e conflitos; são produtos das relações humanas.¹⁷²

SILVA SÁNCHEZ salienta que, em última instância, a teoria do delito é uma teoria do comportamento humano, isto é, uma teoria de interpretação de fatos. O autor demarca, com isso, nada mais do que um conjunto de regras para atribuir a determinado fato um sentido.¹⁷³ Já para ROXIN, a teoria do delito apresenta íntima relação com a noção de fato punível, pois atua mediante abstrações dos tipos concretos da parte especial e, conseqüentemente, abarca os pressupostos gerais da punição.¹⁷⁴

Destas definições, conclui-se que a teoria do delito é a responsável por selecionar comportamentos, separando-os pelo duplo sentido que possivelmente ofertam. Por

¹⁷¹ Essa noção construtivista do delito tem seus alicerces na própria criminologia crítica. Texto paradigmático desta perspectiva é: QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, pp. 221 e ss.

¹⁷² Bastante lúcido é este trecho de SILVA SÁNCHEZ, onde o autor diferencia claramente duas dimensões do fato: primeiro como realidade natural, depois como possuidor de um sentido criminal. “*Em efecto, el hecho, como tal, sucede en un determinado momento (causación del resultado, lesión de un interés) y ya no experimenta modificación. Pero el delito, como tal, no existe por si solo en la realidad físico-natural, sino en los enunciados de quienes, a la vista de determinadas realidades físico-naturales, llegan a la conclusión de adscribirles sentido criminal, un preciso sentido criminal, y se las atribuyen a alguien como sujeto. Dado que el delito surge, pues, en la intercomunicación humana, no se sustrae a la mutabilidad consustancial a ésta.*” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁷³ *Ib.*, p. 20.

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal. parte general**: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. *Op. cit.*, p. 192.

um lado, as condutas podem ser excluídas da incidência penal em verdadeira função negativa da teoria e, por outro, elas são submetidas às consequências jurídicas, qualificadas como ilícitas, adjetivadas de criminosas. O conjunto de comportamentos incluídos neste ou naquele grupo dependerá exclusivamente dos critérios e das regras estabelecidas e submetidas à verificação pelo intérprete diante do caso.

Um mesmo comportamento, submetido a critérios variados, pode alcançar diferentes qualidades. Um fato absolutamente relevante para o sistema criminal pode, algum tempo depois, não apresentar mais interesse algum. Com isso, se quer dizer, uma vez mais, que o sentido criminal ofertado ao fato é condicionado pelos enunciados utilizados. Dois exemplos são elucidativos.

Muito se discute a respeito dos delitos patrimoniais, sem violência ou ameaça, que atingem um irrisório valor econômico. O entendimento da tipicidade penal, como categoria delitiva que necessariamente contém a noção de lesividade, permite a solução de casos de modo completamente distinto daquelas situações onde a subsunção é realizada de maneira formal. Na primeira situação, a adoção do conceito dogmático de bagatela ou do princípio da insignificância determina a necessária exclusão do comportamento do âmbito penal, articulando a resolução da questão em face de um conceito material de delito. A segunda hipótese, e com a respectiva extração da noção de lesão relevante da configuração do injusto, culmina na plena possibilidade de caracterizar a conduta como delitiva, sujeitando o seu autor às consequências penais. Em nenhum dos casos a qualidade criminal demonstra-se ínsita ao comportamento, uma vez que tal variação conclusiva se dá na medida da alternância do critério.

Um outro exemplo pode ser obtido pelo fenômeno da prescrição. A imposição da pena que em determinado momento se faz merecida e necessária posteriormente não mais se mostra assim. O próprio perpassar histórico e o transcurso temporal são responsáveis, por meio de critérios específicos, em eliminar a possibilidade de constituir um comportamento como criminoso e, em consequência, impedir qualquer relevância na seara

jurídico-penal. O mesmo, aliás, pode ser dito em relação à anistia,¹⁷⁵ que opera mediante motivação derivada das transformações políticas e ideológicas que não mais permitem sustentar a coercibilidade estatal. Não é preciso salientar as situações de criminalização e descriminalização, oportunidades em que se mostra evidente o câmbio cultural e de necessidades sociais.

Tais considerações permitem novos apontamentos. Em primeiro lugar, existe todo um fenômeno de força, propriamente político, que está por trás do entendimento de um comportamento como criminoso. Este é um fato irrefutável na constatação da anistia e, de algum modo, pode ser verificado no tocante à divergência de aplicabilidade da insignificância penal. É bem verdade que neste segundo caso há, igualmente, uma deficiência dogmática, um déficit de infiltração de conceitos doutrinários sobre a prática judiciária; porém, exemplifica bem a ideologia posta detrás da decisão em situações onde a legislação abre margens de discricionariedade.

Em segundo lugar, os critérios reitores da teoria do delito são os responsáveis pela existência do crime.¹⁷⁶ Mais do que isso, a atribuição de um sentido criminal a determinado comportamento está orientada à atribuição de responsabilidade a alguém, ativando o leque de opções consistentes nas respostas sancionatórias; considera-se crime

¹⁷⁵ A anistia está expressamente prevista no artigo 107, inciso II, 1ª figura do Código Penal, incluída dentre as causas de extinção da punibilidade. *“Pela anistia, o Estado renuncia ao seu ius puniendi, perdoadando a prática de infrações penais que, normalmente, têm cunho político. A regra, portanto, é de que a anistia se dirija aos chamados crimes políticos. Contudo, nada impede que a anistia seja concedida aos crimes comuns. A concessão da anistia é de competência da União, conforme preceitua o artigo 21, XVII, da Constituição Federal, e se encontra no rol de atribuições do Congresso Nacional, sendo prevista pelo artigo 48, VIII, de nossa Lei Maior. Pode ser concedida antes ou depois da sentença penal condenatória, sempre retroagindo a fim de beneficiar os agentes.”* (GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 762).

¹⁷⁶ Com isso se quer dizer que a construção jurídica não está baseada em categorias prévias, anteriores. Igualmente a sua certificação também não está sediada no binômio “verdadeiro ou falso”. Os conceitos devem ser construídos funcionalmente, conforme as possibilidades concretas de realização dos fins da pena. Esta formatação apresenta-se nos seguintes moldes: *“... los conceptos y las reglas del Derecho penal se puede relacionar con fines político-criminales y amoldarlos conforme a la exigencia de estos fines. La actividad jurídico-científica tiene entonces el carácter de la construcción de conceptos y reglas, no del conocimiento de un ser preexistente. La construcción es arbitraria en el sentido de que, a excepción de la relación funcional entre medio y fin, no está vinculada a ninguna preexistencia. Tras la inclusión de esta relación pueden darse numerosas limitaciones a la posible construcción de conceptos e reglas. La formación de éstos se subsume, entonces, bajo la categoría de ‘conforme al fin’ o ‘no conforme al fin’.”* (NEUMANN, Ulfried. La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico de la culpabilidad. In: **Revista de derecho penal y criminología**. nº 13. 2ª época. Madrid: Enero 2004, p. 136).

porque dessa forma surge a responsabilidade jurídico-penal. Ademais, o surgimento desta responsabilidade permite a imposição concreta da pena – crime e pena, portanto, estão ligados diretamente. Esta conclusão reforça a noção teleológica do delito, tendo em vista que a sua constituição está dirigida, por excelência, à outorga da permissibilidade de punir ao Estado.¹⁷⁷

Em face destes aspectos, o papel da teoria do delito pode ser definido como o responsável por apresentar um determinado fato como violação de um dever possuidor de todos os requisitos para ser imputado a alguém. Isto faz com que o conceito de delito assim estabelecido atue como uma estrutura de mediação entre a ocorrência concreta do comportamento e a imposição efetiva da pena. Em outras palavras, como um conjunto de enunciados apto a delimitar quais serão os comportamentos realizados que sujeitarão os seus autores à sanção penal. A teoria do delito inclui ou exclui a sanção penal: é o “... *pressuposto de punibilidade*.”¹⁷⁸

Esta afirmação ainda não é suficiente. Afinal, um pressuposto da pena pode estar orientado de várias maneiras. O que aqui se pretende é promover a teoria do delito como um conjunto de pressupostos que sejam harmonizados com as próprias finalidades da pena. Nesse sentido, a pena não pode ser uma consequência do delito, mas a razão pela qual um determinado fato é convertido a esta condição. Trata-se da possibilidade de construção de um conceito material de delito que esteja comprometido em realizar os fins da pena; estes serão os critérios essenciais de inclusão ou exclusão da incidência penal. Os fins da pena serão, de uma só vez, fundamento e limite.

Para isso, os elementos da teoria do delito, como critérios que são, deverão ser ordenados e sistematizados de modo a alcançarem um grau normativo que

¹⁷⁷ Neste sentido: “*Toda atribución de un sentido concreto a un hecho se produce partiendo de una determinada perspectiva: los hechos sociales no tienen un único sentido ‘en sí’.* En el caso de la teoría del delito, resulta imposible prescindir de la circunstancia de que la atribución de sentido va orientada a una atribución de responsabilidad por algo y, en fin, a la imposición de una consecuencia jurídico-penal. Precisamente por eso es difícil rechazar que la teoría del delito haya de tener una fuerte dimensión teleológica.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁷⁸ Esta conclusão permite afirmar que todos os elementos da teoria do delito são verdadeiros pressupostos da pena, não havendo necessidade de criação de uma categoria autônoma sob esta denominação. Em sentido contrário, apontando o delito como ação humana típica, antijurídica, culpável e punível, vide GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.

introduza as valorações político-criminais necessárias. Para tal tarefa, resolveu-se, conforme já verificado, utilizar a teoria das normas, que facilitam a percepção de dois momentos distintos de valoração. Além disso, dois conceitos são essenciais: **o merecimento de pena**, estabelecido ao nível da antijuridicidade, e a **necessidade de pena**, formadora da categoria da culpabilidade. Por fim, a teoria do delito transforma-se no conjunto de pressupostos da pena. O delito, por sua vez, atinge o *status* de fato merecedor e necessitado de pena. Eis, aí, o seu conceito material.

4.2 Norma Primária e Antijuridicidade

O primeiro nível de diferenciação da teoria do delito, dentro de uma concepção atinente aos requisitos de aplicação da pena, reside no conceito de antijuridicidade, umbilicalmente relacionado com as postulações adstritas às normas primárias (normas de conduta). Cuida-se, assim, de pressuposto inicial para a verificação das possibilidades de efetivação da sanção criminal.¹⁷⁹ Aqui deve ser estabelecido o espaço dogmático apropriado para a confecção das relações existentes entre as noções de injusto, norma primária e merecimento de pena, incluindo nesta última os princípios de proporcionalidade e adequação.

O conceito de antijuridicidade apresenta um traço comum e padronizado. Sua definição básica é estabelecida pelo sentido de contrariedade ao Direito em geral, não apenas e especificamente ao Direito penal. Uma conduta antijurídica é aquela contrária ao Direito, ou seja, que se opõe à ordem contida na norma, que rivaliza com a determinação

¹⁷⁹ Conforme será posteriormente explicitado, o fato de a antijuridicidade ser colocada como primeiro plano de pressupostos da pena não significa a negação da tipicidade. O que ocorre é que o tipo penal, como categoria, estará presente não apenas na antijuridicidade, mas também na culpabilidade. Sua tarefa de concretização do princípio da legalidade continua intocável, aumentando-se, ainda mais, o número de exigências para a sua verificação. Isto quer dizer, por exemplo, que a discussão do bem jurídico, muitas vezes colocadas no tipo penal, é aqui também um problema de antijuridicidade. Do mesmo modo, este último conceito não estará esgotado na simples verificação da existência de causas de exclusão. Para grande parte da doutrina, a ilicitude estaria restrita à análise das eventuais causas de exclusão. Nesse sentido, o qual não se concorda: *“No puede discutirse que la realización de los elementos del tipo constituye el núcleo del injusto y que el segundo elemento del delito es tan sólo un segundo requisito – negativo – del injusto.”* (HIRSCH, Hans-Joachim. **La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 18). Na visão espanhola, no mesmo sentido: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. **Introducción a la teoría jurídica del delito**: elaborada con base en las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Valencia: Tirant lo blach, 1999, p. 101.

estabelecida pelo imperativo jurídico.¹⁸⁰ Na medida em que o comportamento apresenta esta característica, costuma-se, doutrinariamente, designá-lo como um “... *injusto*...”¹⁸¹

Esta idéia de contrariedade apresenta algumas complicações, sendo certo que resultou em diversos enfoques jurídicos diferenciados. Uma divergência por demais conhecida é a dicotomia entre as concepções formal e material da antijuridicidade.¹⁸² No primeiro caso, o que poderia transformar uma conduta em injusto é a sua verificação em face da lei posta. O texto legal seria o principal responsável por conferir a qualidade de antijurídico a certo comportamento, seja porque este lhe está vulnerando, seja, como nos dizeres de BINDING, pela conformidade entre ambos. Para este autor, e de acordo com o já salientado, o criminoso agiria de modo antagônico à norma jurídico-geral, porém em concordância com a lei penal. Esta postura acentua uma estruturação de nítido traçado formal, com importantes conseqüências para a teoria do delito.

A vulneração tão-somente da lei como requisito básico da antijuridicidade impõe, como decorrência lógica, um certo desapego em face da lesividade do resultado. Com isso, a antijuridicidade tende a ser definida como simples violação de dever, produto da vontade do indivíduo que atua. A norma penal, dessa maneira, dirige-se para aqueles que podem violá-la, fazendo com que esta violação implique na necessária manifestação estatal de repúdio pelo descumprimento do mandamento jurídico. Destaca-se, com isso, o caráter subjetivo-formal deste pensamento.

Uma outra possibilidade é buscar a justificativa de confecção do injusto em bases materiais, objetivas e externas. Nesta espécie, a violação da lei não seria mais o requisito essencial da antijuridicidade, mas um antecedente necessário (princípio da

¹⁸⁰ Nesse sentido: “*Literalmente antijuridicidad significa contrariedad a Derecho, pero no necesariamente al Derecho Penal sino al Derecho en general. Una acción (u omisión) constitutiva de delito siempre será antijurídica, pero, por supuesto, no todo hecho antijurídico debe reputarse delictivo.*” (SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos e col. **Manual de derecho penal**: parte general. Tomo I. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2002, p. 181).

¹⁸¹ Muito utilizada é a expressão tipo de injusto ou injusto típico, vislumbrando designar “... *el conjunto de características que fundamentam positivamente la antijuridicidad penal.*” (ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Op. cit.*, p. 101).

¹⁸² Amplo desenvolvimento sobre esta questão está em: REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade concreta**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1973, pp. 99 e ss.

legalidade). O ponto mais relevante passa a ser a ocorrência de um dano. Em outras palavras, a noção de lesividade ao bem jurídico material é o elemento de destaque. Esta forma de pensar, bastante nítida em VON LISZT, busca a limitação do Direito penal através de um aspecto material externo, ou seja, o bem jurídico e sua implicação com o princípio da lesividade. O paradigma da vontade, assim, perde lugar para o do resultado, enquanto a infração de dever cede o seu espaço para a lesão de bens.

A construção de uma teoria do delito baseada nas finalidades da pena (delito como fato merecedor e necessitado de pena), contudo, não consegue ser encaixada em nenhuma das hipóteses tal como apontadas. Ambas as perspectivas – formal e material – apresentam fecundos aspectos que carecem ser aproveitados: trazem conceitos importantes, os quais podem ser aplicados conjunta ou separadamente, ora na norma de conduta (antijuridicidade), ora na norma de sanção (culpabilidade). Busca-se, assim, uma postura mais sincrética, sempre com a visão destinada a permitir o ingresso das finalidades da pena como fatores dogmáticos e decisivos para as conclusões obtidas pela teoria do delito.

Já foi afirmado, à exaustão, que o Direito penal não possui a capacidade de proibir resultados em si mesmos, mas de motivar a não-realização de alguns comportamentos (ações e omissões) capazes de produzi-los. Isto é o mesmo que dizer que a norma de conduta, dirigida ao cidadão, seleciona as atividades proibidas, constituindo um imperativo ancorado em valorações anteriores, não proíbe resultado algum, mas dirige o cidadão no caminho do cumprimento de um dever. Disso decorre, por razões evidentes, que o descumprimento do Direito (enquanto ordem geral e abstrata) está fundamentado pela imperatividade desta norma, isto é, representa-se como infração do dever. Este parece ser o plano da antijuridicidade.¹⁸³

¹⁸³ SILVA SÁNCHEZ faz importante citação de JÜRGEN RÖDIG, primeiro autor moderno a retomar o processo de construção da teoria do delito por meio da teoria das normas. Esse procedimento exige, tendo em vista a melhor adequação, uma perspectiva bipartida da teoria do delito, de modo a introduzir as duas diferentes indagações que correspondem aos aspectos decisórios de política criminal: “... *la distinción fundamental en el seno de la teoría del delito es que se produce entre los aspectos que condicionan ya la infracción de la norma primaria por el hecho de que se trate, y los aspectos que meramente condicionan – una vez dada tal infracción – la aplicación de la correspondiente norma secundaria.*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. *Op. cit.*, p. 380).

O cidadão age de modo antijurídico na proporção em que infringe o dever contido na norma de conduta. É por este motivo que o resultado, não obstante ser imprescindível para a aplicação da pena, não é propriamente um problema desta norma primária. A perspectiva que aqui se tem é, *ex ante*, de seleção de comportamentos que são, potencialmente, lesivos ao bem jurídico. Ao se imaginar o delito previsto no artigo 121 do Código Penal, a conduta será antijurídica tanto no caso do indivíduo que dolosamente atira contra a vítima e produz a sua morte, quanto naquele outro em que, por falta de habilidade técnica do executor intencional, o projétil não chega sequer a atingir o alvo. Os resultados, diferenciados nos exemplos, não implicarão em questões para a norma de conduta ou a antijuridicidade, mas sim em aspectos da norma de sanção, tendo em vista a necessária diminuição da pena para a hipótese em que a vítima não morreu.¹⁸⁴ Houve aqui e lá a infração do dever, cuja noção não se pode resumir ao exposto, sob pena de se adotar, sem qualquer complemento, uma teoria de caráter subjetivo-formal. O fato de o resultado não apresentar relevância para a norma de conduta não significa qualquer diminuição de garantias, tendo em vista que, na verdade, resulta do próprio questionamento político-criminal que lhe está por trás. A pergunta que o legislador se encarrega de responder e a resposta que compete ao jurista legitimar está assim formulada: Quando é apropriado e proporcional para a proteção de bens jurídicos limitar, com a pena, a liberdade?

Por intermédio desta indagação, são inseridas valorações político-criminais destinadas ao juízo de antijuridicidade sediado na norma primária. A resposta abstrata desta questão, como reflexo do pensamento até aqui desenvolvido, deve recorrer ao conceito de bem jurídico, afirmando que podem ser ameaçadas com pena as condutas capazes de conter riscos de lesão. Somente os comportamentos humanos controláveis que coloquem em risco de lesão o bem jurídico podem passar para a esfera de proteção penal, tendo em vista que isto significa, sempre, a ameaça de pena aos cidadãos em geral.

¹⁸⁴ Esta retirada do resultado da problemática da norma de conduta, embora possa apresentar certa estranheza, já está bastante sedimentada nas construções da teoria do delito baseada sobre a teoria das normas. Nesse sentido: “*Si la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho ha de ser la prevención (limitada) de delitos, la norma penal ha de tratar de motivar a la evitación de conductas delictivas. La evitación de resultados lesivos para la sociedad sólo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados. El resultado no puede constituir en sí mismo objeto de prohibición de una norma preventiva, por lo que tampoco puede integrar el contenido de hecho antijurídico.*” (MIR PUIG, Santiago. *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*. Madrid: ADPCP, 1998, p. 664).

Isto importa em dizer que a infração do dever, em termos penais, não se resume à violação da norma posta. Deve constituir o produto do juízo de valor que aceitou que tal comportamento fosse submetido à ameaça de pena em razão de seu potencial lesivo. Este juízo de valor já está presente em diversas situações da legislação em vigor. Um exemplo esclarecedor é a impossibilidade de atuação penal nos casos em que a fase de execução do delito sequer chegou a ser iniciada. Não são potencialmente lesivos para o bem jurídico aqueles momentos do *iter criminis* de mera cogitação ou de preparação. Unicamente os atos executórios tornam a ameaça de pena prevista na norma de conduta adequada e proporcional. Antes disso, não existe qualquer dever submetido à coercibilidade punitiva, sendo inconcebível falar em violação.¹⁸⁵

O mesmo pode ser dito em face do crime impossível, tanto pela incapacidade do meio quanto pela impropriedade do objeto.¹⁸⁶ Quando da redação do tipo penal, que deve conter os signos que permitam extrair o conjunto de comportamentos proibidos, o legislador deve sopesar a lesividade *ex ante*, sem a qual não há infração de dever criminalmente relevante. No crime impossível, não existe, desde logo, potencial lesivo algum, o que implica, igualmente, na afirmação da inexistência de qualquer violação jurídico-penal por parte daquele que assim age. Nesta situação, não existe a possibilidade de pressupor, *ex ante*, um nexos causal apto a conduzir o comportamento inócuo ao resultado.

Percebe-se a utilização imbricada de conceitos advindos de concepções originariamente formais e materiais. Se a noção de violação de dever já esteve ligada com a postura formal-positivista, aqui está diretamente entrelaçada com perspectivas materiais, consubstanciadas nos juízos de valores que congregam a lesividade ao bem jurídico, bem como a adequação e proporcionalidade de sua proteção com a ameaça de pena.

¹⁸⁵ Esta perspectiva está plenamente coadunada com a legislação brasileira, especificamente no dispositivo previsto no artigo 14, inciso II, do Código Penal. Na medida em que a legislação afirma a necessidade do início da execução para o aperfeiçoamento da modalidade tentada, isto quer dizer que as fases de cogitação e preparação são insuficientes para a violação do dever contido na norma de conduta.

¹⁸⁶ Assim está descrito o artigo 17 do Código Penal: “*Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.*”

Esta afirmativa obriga a percepção do que real e socialmente pode acontecer com a utilização da violência consistente na ameaça de pena em abstrato. Afinal, as noções de proporcionalidade e adequação restam extremamente vagas e materialmente vazias no caso de não estarem articuladas com outros objetos. São estruturas conceituais de mediação. Nada pode ser proporcional sem estar vinculado a estruturas diferenciadas com pretensões de equiparação. Igualmente, nada pode ser adequado se não houver alguma predisposição para cumprir determinada meta. Não existe a adequação e a proporcionalidade em si mesmas. Uma certa ferramenta pode ser adequada para uma função e não para outra. A proporcionalidade, ao seu turno, exige a equivalência relativa, o necessário estabelecimento de conexões entre objetos distintos, mas unificáveis, ao menos, sob certos padrões.

Os conceitos que buscam o relacionamento sob a égide destas balizas de mediação são o bem jurídico penal e a ameaça de pena. Em outras palavras, o bem jurídico¹⁸⁷ deve ser proporcional à violência representada pela pena cominada. Esta mesma ameaça sancionatória precisa ser apta e adequada para proteger o bem jurídico alvo da tutela penal. Daí poder-se dizer que o bem jurídico e, particularmente, a violência e os limites de rendimento da pena são os verdadeiros conformadores da existência ou não das relações proporcional e adequada. Tão-somente uma relação colocada nestes termos poderá, no Estado Democrático de Direito, criar, por meio do juízo de valor anterior, a existência efetiva do dever, sempre ameaçado com restrições de liberdade.

A antijuridicidade e com ela a infração do dever pressupõem um correto juízo de proporcionalidade e adequação; caso contrário, será ilegítima. Não há, por exemplo, legitimidade em ameaçar com pena as simples cogitações ou projeções intelectuais delitivas. A inexistência de potencial lesão ao bem jurídico torna esta ameaça desproporcional. Além disso, sabidamente a pena não é adequada para evitar que os cidadãos pensem no cometimento de crimes. Uma norma de conduta eventualmente construída nestes termos carece de

¹⁸⁷ A expressão “bem jurídico” coloca aqui implicitamente a idéia do potencial perigo penalmente relevante, visto na perspectiva *ex ante* do comportamento incriminado. Este juízo deve ser capaz de justificar, pela proporcionalidade e adequação, a utilização da ameaça penal, ou seja, o merecimento de pena. Vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. *Op. cit.*, p. 379.

aplicabilidade, não serve para configurar o injusto penal, tampouco acoplar racionalmente a ameaça sancionatória de alta violência com o tipo de dever que vislumbra estabelecer.

Esta fórmula pode ser unificada, como aqui se pretende, sob a idéia do merecimento de pena. Com isso, é possível afirmar que apenas haverá um injusto se a pena for merecida, ou seja, para ser ultrapassado o primeiro pressuposto da aplicação da pena, existente na norma de conduta e na sua relação com a antijuridicidade, é mister a verificação do merecimento. Este conceito engloba a necessária relação entre o bem jurídico relevante e a ameaça de pena, salientado que, nos casos em que houver adequação e proporcionalidade, poderá existir algum dever penal a ser violado. Mais uma vez, ser injusto implica em merecer pena, permitindo-se a primeira introdução dos fins da pena como elemento normativo da teoria do delito.

4.2.1 *Conceito Material de Injusto*

Os debates a respeito do conceito material de injusto são sempre pautados pela mesma e fundamental indagação. Verdadeiramente, o que se busca com a investigação é encontrar afirmações que possam definir e restringir os objetos de criminalização. O que se almeja é uma definição restritiva. O foco de atuação é o universo de quais comportamentos podem ser criminalizados e, mais ainda, quais as respostas penais em abstrato que devem ser oferecidas para as hipóteses de descumprimento do dever imposto pela norma primária. Instrumentos dogmáticos podem servir para responder ou facilitar esta aproximação.

Se a missão do Direito penal é a proteção de bens jurídicos, não parece ser questionável que toda e qualquer atividade que exercita deve estar ligada, de modo teleológico, a esta finalidade última. A persecução criminal, do começo ao fim, sempre estará ansiando proteger os interesses socialmente valiosos. Esta assertiva impede uma compreensão mais efetiva do conceito material de injusto, uma vez que, resumindo-se a ela, o sistema criminal estaria sempre legitimado, independentemente de qual e como o bem jurídico está submetido à sua tutela. Esta realidade impõe dinâmicas complementares, dentre as quais, a avaliação da viabilidade da ameaça com pena, bem como a ponderação em face da violência

que isto significa. Estas duas ponderações atinentes ao problema da ameaça com pena fazem parte do conceito dogmático do merecimento, que tem o condão de servir para a busca de racionalidade legislativa e para o aperfeiçoamento da atividade crítica de natureza judiciária. A viabilidade da ameaça da pena significa um juízo de adequação, enquanto a utilização da violência consiste na sanção criminal, que também só será razoável se efetuada após criteriosa análise de proporcionalidade.

Estes dois conceitos, reunidos sob a égide do merecimento, serão analisados com mais precisão nos tópicos subseqüentes; no entanto, importa deixar claro que, quando cotejados com o bem jurídico objeto de proteção, serão os principais responsáveis em conferir legitimidade à proposição estatuída pelo enunciado da norma primária.

Seja como for, alguns outros requisitos de complementação exigem, desde logo, suas respectivas análises. O primeiro deles deriva da exclusiva possibilidade do Direito penal de motivar comportamentos que comumente lesam ou ameaçam seriamente a integridade do bem jurídico relevante. Conforme já salientado, este procedimento é basicamente de natureza política; entretanto, não se pode olvidar dos limites que o instrumento penal possui para exercer sua missão. A primeira etapa está no fator de motivação jurídica máxima do sistema criminal, isto é, as infrações de dever relacionadas aos bens mais relevantes e que carecem de proteção nos demais subsistemas do Direito podem ser alvos legítimos de tutela. Eis aí, uma vez mais, a natureza subsidiária do sistema criminal.¹⁸⁸

¹⁸⁸ A subsidiariedade do sistema penal, especificamente em razão da violência de sua pena, ganha importância na discussão contemporânea, tendo em vista a percepção de outras estratégias jurídicas mais secularizadas e condizentes com a dignidade humana, tais como: a reparação do dano, as medidas alternativas ou mesmo o Direito de intervenção. Ponderando sobre o tema: “*Un estado avanzado de secularización en el modo de tratar por parte del Estado y de la sociedad las violaciones graves de intereses, de carácter antijurídico y culpable, conduce a que se apueste cada vez más por la reparación, la (re-) socialización del autor, el agotamiento de las alternativas jurídico-civiles y de Derecho público, y el desarrollo de un Derecho especial de intervención. Sin embargo, juristas y no juristas, aun estando plenamente dispuestos a reconocer esta evolución, siempre encontrarán casos en los que, hoy como ayer, no cabe más reacción que la pena.*” (LÜDERSEN, Klaus. Elementos de legítima defensa en la pena y elementos de pena en la legítima defensa: ¿círculo vicioso de nuevos enfoques en torno a la cuestión del anacronismo de la pena?. In: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 167).

A função de motivação jurídica máxima do Direito penal (resultante de suas valorações e imperativos com consequências de extrema gravidade) redundará no inafastável fato de a norma primária tratar de ações humanas em sentido estrito. Apenas poderão submeter-se à ameaça de pena as “... *condutas humanas conscientes e voluntárias*.”¹⁸⁹ O conceito de ação, neste diapasão, ao invés de estar inserido como um elemento do crime, como tantas vezes se discutiu no pensamento causal e final, atua mais como um limitador de extensão da norma de conduta, visto que não faria o menor sentido, por absoluta carência motivacional, estipular delitos que pressuponham atos reflexos ou comportamentos desprovidos destas qualidades. O conceito de infração do dever penal representa-se tão-somente quando escorado pela consciência (elemento cognitivo) e vontade (elemento volitivo) de sua ocorrência. Uma vez inexistentes, inexistente também será a violação do dever.¹⁹⁰

O conceito material de injusto, pode-se dizer, depende da avaliação *ex ante* do legislador, tendo em vista que a norma primária é de necessária generalização. Trata-se, assim, das ações humanas, conscientes e voluntárias, que ameacem potencialmente, em abstrato, os bens jurídicos que são aptos a transformar estas condutas agressivas em merecedoras de pena. O resultado delitivo efetivamente ocasionado não estará contido na

¹⁸⁹ A afirmação de que o dolo pertence ao momento da antijuridicidade, isto é, está ligado à infração do dever, aponta que a teoria das normas é mais adequada para justificar o seu posicionamento lógico na teoria do delito do que propriamente um conceito ontológico de ação. Trata-se de uma consequência do imperativismo da norma penal: “*El problema debe examinarse fundamentalmente en el campo de la teoría de la antijuridicidad: el imperativismo, al concebir la antijuridicidad como rebeldía, como desobediencia, como no sumisión al mandato, obliga mantener que la resolución de la voluntad es el núcleo de la antijuridicidad misma. Planteamientos con el que se tratará de demostrar la pertenencia del dolo al tipo del injusto de los delitos dolosos, sin necesidad de acatar las premisas ontológicas del finalismo. A dicha consecuencia práctica se ha referido expresamente JESCHECK y, entre nosotros, MIR PUIG: si la norma penal es reclamo de obediencia dirigido a la voluntad, el momento subjetivo de la desobediencia integrará la esencia de la antijuridicidad.*” (GARCIA-PABLOS, Antonio. *Op. cit.*, p. 187).

¹⁹⁰ Cumpre destacar que o conceito de ação aqui colocado refere-se exclusivamente à sua relevância penal. Em outras palavras, uma determinada ação pode não ser relevante para o sistema criminal, isto é, não ser apta a violar nenhum dever nesta seara, porém criar obrigações jurídicas em outros campos ou setores do ordenamento. Interessante é o trabalho e a seguinte ponderação de ROXIN a respeito: “*De aquí se sigue forzosamente que tal concepto no puede utilizar fuera del Derecho penal, pues el Derecho público y el Derecho civil pueden vincular consecuencias jurídicas a formas de conducta que de antemano son jurídicopenalmente irrelevantes y que no pasan a formar parte del concepto de acción vigente en esta materia.*” (ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. *Op. cit.*, p. 85). O autor, ao longo de seu escrito de questionamento às bases ontológicas do finalismo, formula severas críticas ao conceito de ação em Direito penal, apontando sua total incapacidade de rendimento para a solução de casos. Em suma, aponta a inutilidade deste conceito para servir como categoria da estrutura do delito.

norma de conduta, uma vez que não integra o conceito de violação do dever, mas significa uma consequência imprescindível para a imposição da pena determinada pela norma de sanção. Outrossim, o nexo de causalidade é unicamente pressuposto neste primeiro momento. Sua importância reside, exclusivamente, na conclusão abstrata de que certas condutas costumam originar específicos resultados. A aferição concreta do nexo de causalidade, bem como sua contribuição específica para o resultado, estará sediada na norma de sanção, oportunidade em que será observado se a infração do dever realmente contribuiu para a ocorrência concreta indesejada.

Até o momento, percebe-se que a infração do dever, que constitui a norma primária, apresenta racionalidade se a conduta proibida for, em primeiro lugar, uma ação humana consciente e voluntária e, em segundo, merecedora de pena. Estes dois requisitos ainda não são suficientes, devendo o conceito material de injusto se valer de mais um. Cuida-se dos balanços de interesses¹⁹¹ consubstanciados nas denominadas causas de justificação, as quais não se referem diretamente ao sistema criminal, mas permitem a conversão da conduta em juridicamente permitida para todos os demais setores do ordenamento jurídico.¹⁹²

O que parece ser correto afirmar para as causas de justificação é a existência de preceitos gerais, abstratos, que tornam lícitas determinadas condutas diante de sua conformidade material com um Direito humanamente produzido. Neste aspecto, é racional um conceito como a legítima defesa, já que seria impensável não conferir ao indivíduo a possibilidade de defender, por exemplo, proporcionalmente sua vida da injusta agressão, ainda

¹⁹¹ Estes balanços de interesses são valorações ético-sociais, as quais resultam em generalizações permissivas, por meio de regras de exceção. “*No sólo sucede que el tipo necesariamente lleva a cabo, como ya se mostró, una generalización, al describir el ilícito, sino que ya nuestras valoraciones ético-sociales siguen en gran medida el esquema de reglas y excepción (y no se llevan a cabo en forma de juicios completamente puntuales y enteramente vinculados a la situación concreta). Así, p. ej., la prohibición ‘tú no debes matar’ siempre ha regido sólo como principio, el cual, desde luego, experimentaba claras restricciones (en particular, respecto de actos de legítima defensa, de pena de muerte y de acciones de guerra). Sin embargo, también estas restricciones pueden ser generalizadas, adquiriendo entonces la configuración de causas de exclusión del ilícito o de justificación...*” (STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal. Parte general I: el hecho punible.** Tradução Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson Civitas, 2005, pp. 177-178).

¹⁹² Nesse sentido: “... las normas de justificación no se encuentran únicamente en el derecho penal, sino en todos los ámbitos del derecho. Existe entre éstas y las normas típicas que sólo se dan en el derecho penal, una auténtica relación complementaria.” (BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema: introducción a la sistemática sobre la base de casos.** Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, p. 183).

que isto tenha como consequência a lesão mortal alheia¹⁹³. De igual modo, o estado de necessidade vincular-se-ia a um problema de razoabilidade, demarcado pela possibilidade de agressão ao bem jurídico menos valioso se comparado com aquele que se pretende salvar. No caso brasileiro, tanto o estrito cumprimento do dever legal como o exercício regular de direito têm o condão de impedir uma incongruência jurídica ao nível do ordenamento.¹⁹⁴ Não parece existir coerência em algum ordenamento que permita ou determine uma certa conduta e, ao mesmo tempo, também a proíba.¹⁹⁵ Seria uma antinomia sem sentido.

Nestas situações, o cidadão não atua com infração ao dever contido na norma de conduta, uma vez que esta já exclui de seu âmbito os comportamentos inseridos nas causas de justificação. Ainda que a conduta possa ser vista como típica, a pretensão aqui não é aceitar a teoria dos elementos negativos, não pode ser concebida sua antijuridicidade, não havendo o cumprimento dos requisitos colocados nesta primeira etapa de pressupostos da pena.

¹⁹³ A definição dada pelos manuais a respeito da legítima defesa é praticamente a reprodução do texto legal previsto no artigo 25 do Código Penal. “*Diz-se em legítima defesa quem, empregando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, contra um bem jurídico próprio ou alheio.*” (NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. V. I. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 195).

¹⁹⁴ O estrito cumprimento do dever legal parte da premissa de não se poder punir pelo cumprimento de uma ordem emanada pela própria lei. O exercício regular de direito, ao seu turno, destina-se a evitar antíteses, “*...onde existe direito não é possível crime.*” (NORONHA, Edgar Magalhães. *Ib.*, p. 205).

¹⁹⁵ BAUMANN aponta a dificuldade de sistematização existente nas causas de justificação, uma vez que entende o desenvolvimento social como um fator determinante para o constante surgimento de novas situações justificantes. De todo o modo, explicita com clareza a polêmica existente entre monistas e pluralistas a respeito dos fundamentos destas causas: “*Se han expuesto teorías monistas que han pretendido derivar toda justificación del principio ‘medio justo para el fin justo’ (V. LISZT, DOHNA) o ‘más utilidad que daño’ (SAUER). Las teorías llamadas pluralistas han hecho distingos y han formulado principios diferentes para causas diferentes de justificación. Son muy importantes los intentos de MEZGER de fundar las causas de justificación de las atribuciones del cargo y de estado de necesidad justificante (ante, supralegal) en el principio de conservar el bien jurídico preponderante, y las causas de justificación del consentimiento presunto en el de la falta de injusto.*” (BAUMANN, Jürgen. *Op. cit.*, p. 184). Uma tentativa de estabelecer fundamentos comuns às causas de justificação foi desenvolvida em artigo de MOLINA FERNÁNDEZ. A própria existência das mesmas causas de justificação em praticamente todos os ordenamentos jurídicos ocidentais seria um demonstrativo da existência de um sistema por trás destas figuras. Conclui o penalista espanhol que “*... aunque las distintas causas e justificación se han ido incorporando a los diferentes ordenamientos de forma asistemática, sin un patrón común, paulatinamente han ido convergiendo entre sí y a la vez aproximándose a la estructura propia de un sistema racional de justificación basado en una combinación de reglas de diferente grado de generalidad que garantiza el adecuado equilibrio entre lesividad y certeza.*” MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Naturaleza del sistema de justificación en Derecho Penal*. In: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Coord.). **Derecho y justicia penal en el siglo XXI**: em homenagem al profesor Antonio Gonzáles-Cuéllar García. Madrid: Editorial Colex, 2006, p. 392.

Dito de outro modo, o legislador, ao estabelecer todos os comportamentos que merecem se submeter à ameaça de pena, não pode, já na perspectiva *ex ante*, querer motivar a omissão de condutas de defesa, de salvação de bens ou de cumprimento de outras regras do ordenamento. Estruturas de sentido como estas seriam inconcebíveis. Isso ocorreria, e absurdo seria, caso se resolvesse entender que as situações justificadas correspondem a infrações de dever e somente pudessem ser resolvidas no âmbito da norma de sanção. Mais correto aparenta ser que a mensagem prescritiva inerente à norma de conduta, à antijuridicidade em geral, já exclui os comportamentos justificados do conjunto comunicativo das proibições próprias do sistema criminal.

Como forma de ordenar e sintetizar o afirmado até agora, é preciso reafirmar a existência de critérios para que a norma de conduta possa criar a exigibilidade racional e legítima de um dever penal. Com a criação deste dever, há de se falar em antijuridicidade penal, uma vez que é impossível pensar em alguma atuação contrária a comandos inexistentes. Neste sentido, as causas de justificação apresentam grande importância, uma vez que a conduta por estas amparada não significará infração alguma, seja na seara penal, seja nos demais setores do ordenamento. Além disso, a infração do dever possuirá reverberação penal se recaída sobre uma ação humana consciente e voluntária, sem a qual, inviável e insensata seria a ameaça de pena. Por fim, e o mais importante para os limites deste trabalho, está o critério de merecimento de pena. Mediante este conceito de viés normativo, compreendido pela adequação e proporcionalidade entre a sanção abstrata e o bem jurídico, haverá a possibilidade dogmática de crítica judiciária e legislativa, além de inserir os fins da pena como reais elementos decisórios. Em suma, o injusto típico transformar-se-á no injusto típico merecedor de pena.

4.2.2 *Problema da Tipicidade Penal*

De acordo com o formulado anteriormente, a proposta de orientação do sistema criminal à realização de determinados fins impõe consequências dogmáticas. Na medida em que se postula a defesa de bens jurídicos através da utilização da pena, a limitação material do delito pode ocorrer mediante os próprios fins da sanção e daquilo que esta última é

realmente capaz. Assim, tão-somente serão delitos as hipóteses concretas onde a pena possa influir, de forma determinante e insubstituível, na proteção das realidades sociais valiosas. Delito é sinônimo de fato merecedor e necessitado de pena.

A reconstrução da teoria do delito nestes termos, embasada sobre a teoria das normas, culmina em dois momentos de valoração político-criminais distintos. O primeiro atinente à norma de conduta (antijuridicidade) e o segundo vinculado à norma de sanção (culpabilidade). No tocante à norma de conduta, a pergunta que se busca definir é quais são os comportamentos *ex ante* que merecem a ameaça de pena. Para a norma de sanção, o questionamento está formulado de forma a permitir quais infrações concretas, *ex post*, necessitam da aplicação efetiva da sanção. A concreção do delito depende destes planos de valoração independentes,¹⁹⁶ os quais, em consequência, geram importantes efeitos na articulação dos elementos do crime.

A valoração pertinente à culpabilidade deverá trabalhar os requisitos para a imposição concreta da sanção, enquanto o momento da antijuridicidade, da norma primária, atende ao problema do injusto. A questão aqui sediada é no papel que necessita cumprir o conceito de tipicidade na infração do dever, isto é, para a obtenção de um conceito material de injusto. A partir desta premissa teleológica de dupla valoração decisória, o conceito de delito apresenta maior congruência se realizado de maneira bipartida, com dois pressupostos sucessivos.¹⁹⁷

¹⁹⁶ A existência de planos de valoração independentes está também formulada em SCHÜNEMANN, considerando, inclusive, a teoria das normas. Versando sobre a necessidade de buscar critérios materiais para o método ainda incipiente de construção do delito funcionalista, admite o autor que “... *podría responder a una adecuada reconstrucción del Derecho vigente a partir de dos planos valorativos independientes: de una desvalorización objetiva especialmente intensa (específicamente penal) del hecho; y de la responsabilidad individual del autor por dicho hecho.*” SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Tradução Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 71.

¹⁹⁷ Mais uma vez, cumpre destacar a posição de SCHÜNEMANN: “*De esta dicotomía de las valoraciones básicas jurídico-penales se desprende que únicamente un sistema bipartido satisface las exigencias lógicas, de manera que, del tradicional sistema tripartito o cuatripartito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, además de, eventualmente, la acción), tan sólo dos elementos – esto es, el injusto y la responsabilidad – pueden conformar la base del sistema teleológico del Derecho penal.*” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Ib.*, p. 71).

O momento da antijuridicidade é o instante de objetivação do injusto como fato merecedor de pena. O tipo penal cumpre aqui função essencial, a começar pela própria consubstanciação do respeito à legalidade. Esta importância não confere à tipicidade uma natureza de instância valorativa autônoma, mas sim a de um dos protagonistas de um espetáculo maior. O tipo penal não está no mesmo nível do injusto, mas é ferramental imprescindível para lhe conceder um conceito material. É uma subespécie diferenciada dentro da antijuridicidade.¹⁹⁸

Para a confecção do injusto, o tipo responde à função de descrição da matéria proibida, sem a qual inexistiria a norma penal. Ela atua como um meio heurístico. Para a perfeição deste plano valorativo do injusto, a tipicidade e antijuridicidade, vistas nos termos tradicionais, completam-se; elas permitem um conceito de infração do dever que parte da premissa de existência de uma ação humana típica (juízo positivo) e não amparada pelas causas de justificação (juízo negativo). Não há qualquer possibilidade de ilicitude penal se inexistente a tipicidade nem o que se falar de dever violado se existente alguma causa de justificação. O fato atípico e o justificado são resolvidos no mesmo âmbito de questionamento político-criminal, sem precisar buscar soluções através da teoria dos elementos negativos.¹⁹⁹ Dois aspectos adicionais em relação ao tipo merecem consideração.

A antijuridicidade está colocada no plano da norma primária. Como já alertado, esta modalidade de norma pressupõe um juízo valorativo (valorativismo), que culmina na estipulação de um dever genericamente dirigido a toda a comunidade

¹⁹⁸ Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Op. cit., pp. 394-395.

¹⁹⁹ Necessária a reprodução do seguinte trecho: “... en la exigencia de tipicidad y antijuridicidad del comportamiento se refleja únicamente el procedimiento practicable del examen: determinar el injusto penal (positivamente) mediante la realización típica y (negativamente) a través de la ausencia de causas de justificación, al igual que en la culpabilidad cabe distinguir, de modo puramente pragmático, entre un tipo positivo de la culpabilidad y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad. La tipicidad y la ausencia de causas e justificación constituyen, pues, diferenciaciones pragmáticas del plano valorativo del injusto penal específico. Por este motivo, está absolutamente fuera de lugar, en un sistema jurídico-penal teleológico, que se pretenda atribuir al tipo de injusto – como JAKOBS continua haciendo – una específica unidad de sentido jurídico independiente de una situación justificante dada, fundamentándolo con el viejo argumento de WELZEL de que no es lo mismo matar a un mosquito que dar muerte justificadamente a un hombre. En efecto, desde la perspectiva del valor básico determinante, es decir, del injusto penal, ambos casos merecen el mismo juicio, de modo que la distinción existente entre ellos sólo puede reproducirse sistemáticamente en un nivel posterior de diferenciación.” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. Op. cit., p. 72).

(imperativismo). Ao plano do injusto, tendo como um dos integrantes a tipicidade, implica a verificação da infração do dever, da desobediência, ainda que tal conclusão dependa do conceito elementar de merecimento de pena. Isso resulta no papel fundamental que possui o tipo penal de, na mesma proporção de garantir a legalidade,²⁰⁰ comunicar a toda a coletividade acerca das pautas de comportamentos, isto é, o tipo tem inegavelmente um caráter externo à simples articulação da teoria do delito, aperfeiçoa-se como um instrumento de comunicação e motivação, oferecendo o conhecimento destinado a impedir a infração do dever.²⁰¹

Um segundo aspecto já foi rapidamente mencionado, mas merece alguns esclarecimentos. A consubstanciação do injusto como violação de dever não é somente a razão pela qual o tipo penal apresenta importância social informadora. Mais do que isso, este também é o motivo que o define como subjetivamente possuidor dos elementos dolo e culpa. Tem coerência existir o dever penal se a sua respeitabilidade for produto da controlabilidade humana. A intencionalidade conhecida é necessária, seja aquela dirigida para a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido, seja aquela que coloca em risco o bem pela sua externalidade, pela deficiente escolha do meio, pela violação do dever de cuidado ou pela criação do risco juridicamente desaprovado.

Isto faz com que os elementos subjetivos do tipo permaneçam inalterados, conformando o conceito amplo do injusto. Esta subjetividade típica não necessita pressupor a adoção da teoria finalista da ação nem compreender o comportamento humano como uma categoria jurídica prévia ou estrutura lógico-objetiva. Concebe-se uma justificativa teórica para a estruturação do tipo, que, em última instância, está sediada sobre a teoria das normas e integrada no conceito de antijuridicidade.²⁰²

²⁰⁰ A idéia de legalidade está plenamente satisfeita. A própria existência do tipo penal sempre esteve ligada a este princípio, sendo, portanto, sua função mais elementar e sem a qual não se constitui. *“Todo ciudadano debe, por tanto, tener la posibilidad, antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no. La tarea de determinar legalmente la punibilidad en tal medida, ha sido asignada al tipo penal ya por el propio BELING.”* (ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Tradução Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, p. 170). O tipo penal, assim, garante a adoção de princípio político criminal previsto na Constituição (Nesse sentido, NAUCKE, Wolfgang. **Derecho penal**: una introducción. Tradução Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006, p. 285).

²⁰¹ Nesse mesmo sentido, GARCIA-PABLOS, Antonio. *Op. cit.*, p. 196.

²⁰² Interessante trabalho a respeito dos elementos subjetivos do tipo penal, vide: LIFSCHITZ, Sergio Politoff. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. 2. ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2006.

Acontece que o tipo penal apresentará uma função dúplice de legalidade. Até o momento, importa destacar sua participação no âmbito da antijuridicidade. O seu conceito serve, aqui, para a definição parcial do delito. A tipicidade penal estará igualmente presente na culpabilidade e exercerá um papel limitador da necessidade de pena, atuando como um pressuposto de lesividade concreta ao bem jurídico.

4.2.3 *Merecimento de Pena*

O conceito de merecimento de pena é relevante para a definição do conceito material de injusto. Isso se dá porque será imprescindível para proporcionar legitimidade à infração do dever penal representado pela norma primária. Este dever terá de recair sobre as condutas humanas conscientes e voluntárias que sejam merecedoras de pena, ressaltando-se, ademais, a necessária inexistência de alguma causa de justificação.

A doutrina apresenta fortes divergências quanto ao conteúdo deste conceito de merecimento. Os debates também são travados a respeito da sua localização dogmática, ora sediado como integrante da antijuridicidade, ora da culpabilidade. Senão bastasse, a relação do merecimento com a necessidade de pena é igualmente tensa, havendo autores que diferenciam os conceitos, outros que os unificam e aqueles que os submetem à dinâmica de gênero e espécie.²⁰³ Como pode ser percebido, existem poucas convergências, o que, por um lado, dificulta o trabalho e, por outro, outorga maior liberdade de reflexão.

Esta falta de acordos em relação ao conceito de merecimento e necessidade de pena é bem ilustrada por LUZÓN PEÑA. Na opinião do autor, até a origem de tais conceitos é objeto de polêmicas.²⁰⁴ Entretanto, ele faz questão de ressaltar a importância

²⁰³ FRISCH faz questão de salientar esta problemática dos conceitos: “*En el fondo, la respuesta a la pregunta de qué convierte realmente un hecho en delito se agota en lo que había sido respondido desde hace ya unos doscientos años, a saber, debe ser siempre un injusto merecedor e necesitado de pena. En esta afirmación hay muchas cuestiones abiertas. En la mayoría de las ocasiones no es posible encontrar una concreción de los criterios rectores y frecuentemente ni tan siquiera un intento.*” (FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 195).

²⁰⁴ De acordo com o autor: “*Las coincidencias al respecto no van mas allá de la mera definición formal, tautológica, consistente en que ‘merecimiento de pena’ significa que la conducta del autor merece ser una pena (por tanto, que la punición es merecida), y que ‘necesidad de pena’ significa que necesita la pena.*” (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del

que estes elementos ganharam na década de 1990, tendo em vista poderem operar como ferramentas para críticas e propostas de *lege ferenda*; atuam como mecanismos de interpretação e sistematização da dogmática vigente, repercutindo nos pressupostos da pena, além de permitirem uma seleção melhor de situações, gerais e concretas, que a pena aparece como merecida, proporcional e necessária.²⁰⁵

De todo o modo, existe pequeno e óbvio consenso. Ao menos, pode ser dito com segurança que o merecimento de pena implica na existência de um fato dotado de alguma relevância, sem a qual não estaria agrupado sob esta condição. Além disso, há também uma espécie de consciência generalizada de que tal conceito permite valorações de natureza político-criminal, isto é, seu alto grau de normatização faz com que, ao ser integrado no sistema penal, conduza importantes constatações sociais ao âmbito decisório próprio da teoria do delito. As respostas ofertadas pela teoria passam, obrigatoriamente, pela indagação a respeito do fato merecer ou não sanção. Dentro da linguagem aqui estabelecida, o comportamento é questionado no sentido de possuir ou não sustentação para sofrer a violência da ameaça de pena.

Dentro de uma postura mais tradicional, a doutrina costuma identificar o juízo de merecimento como um desvalor expressado sobre a globalidade do fato, isto é, uma intensa desaprovação pela ocorrência de um injusto culpável quemerece o castigo representado pela sanção penal.²⁰⁶ Esta definição mais genérica leva LUZÓN PEÑA a afirmar que o merecimento está intimamente relacionado com a visão de retribuição ou, ainda, de prevenção geral. Para o penalista, o conceito relaciona-se com o fato delitivo em geral.²⁰⁷ Ao contrário, HAFFKE aponta o merecimento como integrante da norma de sanção, que seria a responsável pelo tratamento passado das infrações e legitimada pela idéia de prevenção.²⁰⁸ Sua

delito. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo. (Coords.). **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995, p. 115).

²⁰⁵ *Ib.*, p. 119.

²⁰⁶ Conforme salienta LUZÓN PEÑA: “Según una opinión muy extendida, el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe acarrear un castigo...” (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, p. 116).

²⁰⁷ *Ib.*, p. 122.

²⁰⁸ HAFFKE, Bernhard. *Op. cit.*, pp. 134-136.

tese está apoiada na teoria das normas de BINDING, para quem a norma é a responsável pelo ilícito, e a lei pela punibilidade do delito.²⁰⁹

BLOY entende o merecimento de pena como um desvalor ético-social e jurídico. Já GÜNTHER identifica o merecimento como limite da necessidade e SCHUNEMANN apresenta o merecimento intrinsecamente relacionado com o conceito de bem jurídico, deixando para a idéia de necessidade de pena os critérios de idoneidade e proporcionalidade.²¹⁰ Para as finalidades deste trabalho, estas definições não aparentam maiores utilidades, uma vez que tendem à circularidade e redundância, sendo pouco produtivas para a tarefa de confecção do conceito material de injusto. Conforme já descrito, o merecimento de pena deve aparecer como responsável pela relação entre o bem jurídico protegido e a opção político-criminal da ameaça de pena. Está no âmbito da antijuridicidade, da infração do dever, da norma de conduta (norma primária). Diante disso, poder-se-ão questionar aqueles comportamentos que, em abstrato, merecem ou não limitar a liberdade do cidadão pela violência da ameaça sancionatória.

Esta indagação não pode estar fundamentada sobre critérios vagos, com disposição para a vulgaridade ou formalização. Deve existir um comprometimento científico, uma responsabilidade intelectual destinada a definir o merecimento. Não basta dizer que merece porque merece. Ao contrário, a escolha dos comportamentos, que podem estar submetidos à ameaça da pena, necessita ser especulativa, senão estaria eliminada qualquer intenção de verdadeiramente estabelecer um injusto merecedor de natureza material.

Os critérios propostos são dois: a adequação da pena para proteger determinado bem jurídico e a proporcionalidade entre a violência representada pela pena

²⁰⁹ Sobre a tese de BINDING: “La idea fundamental de BINDING consistió en diferenciar y mostrar separadamente la norma (como *lex imperfectae*) y la ley penal. Tal distinción permitió referir a ambos conceptos dos categorías dogmáticas diversas: los elementos de contrariedad a la norma (antijuridicidad), que ‘implican en sí que la acción es culpablemente contraria a la norma’ y los elementos de punibilidad.” (BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, pp. 230-231).

²¹⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. *Op. cit.*, p. 117.

cominada e o bem jurídico alvo de tutela.²¹¹ Para a compreensão destes critérios inerentes ao merecimento, uma afirmativa é imprescindível: “... *a pena é a reação mais grave concebida pelo Direito.*”²¹² Esta é uma premissa de extrema importância. Pela própria natureza de gravidade da sanção jurídico-penal, já se pode, desde logo, assentar que os bens jurídicos mais valiosos podem estar protegidos dos comportamentos que lhe são significativamente lesivos ou ameaçadores. Os demais poderão ser plenamente protegidos por outras espécies de sanção jurídica, dentro dos seus respectivos setores do ordenamento.

No entender de FRISCH, esta relação entre pena e delito proporciona considerações de natureza racional e de justiça. Para o autor alemão, é irracional um sistema jurídico penal que não limite, aos casos mais gravosos e irrenunciáveis, a aplicação da pena. Para as demais situações, aplicar-se-ão as outras modalidades sancionatórias do Direito em geral. No tocante à justiça, ressalta o autor que a utilização desenfreada do Direito penal para casos de pouca gravidade, ainda que despreze a aplicação de penas privativas de liberdade, acaba por gerar uma absoluta situação de desigualdade. O penalista afirma, ainda, que, independentemente da pena aplicada, existe uma liturgia própria da persecução penal, que equipara e rotula os condenados de igual forma. As diferenças específicas acabam sendo ocultadas, restando a imagem da condenação. A imposição da pena por diferentes tipos de delito culmina na idêntica situação de delinquente, desconsiderando por completo o fato que esteve por trás da persecução.²¹³

A norma de conduta, responsável pela viabilidade da antijuridicidade, espalha, além de sua imperatividade, um juízo de valor realizado pelo legislador. Já foi destacado que a norma é o produto imperativo de uma valoração. Todos os deveres contidos no sistema criminal não apresentam a mesma importância, o que resulta na existência de infrações mais ou menos graves. Esta gradação é o reflexo da variedade dos bens jurídicos

²¹¹ Existem entendimentos no sentido de que a proporcionalidade estaria sediada ao lado do merecimento de pena, não integrando o seu conceito. Entretanto, o entendimento aqui sustentado é o de que apenas o proporcional pode ser merecido. No sentido primeiro: “*Junto al merecimiento y la necesidad de pena constituye un requisito indispensable para considerar punible un determinado comportamiento, que exista una proporción entre la pena y el delito. Por lo tanto, la pena habrá de aparecer, en abstracto y en concreto, tanto merecida como necesitada y proporcionada.*” (AGUADO CORREA, Teresa. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999, pp. 275-276).

²¹² FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 201.

²¹³ *Ib.*, p. 201.

protegidos, bem como da maneira como o comportamento penalmente relevante pode atingi-lo.

Por meio de uma perspectiva *ex ante*, já se admite chamar de racional um entendimento que aponte a maior gravidade de uma conduta que atente contra a vida, se comparada com afrontas meramente patrimoniais. O delito doloso, de igual forma, apresenta, em abstrato, maior intensidade do que o culposo. O crime de dano, em regra, apresenta maior lesividade do que a infração do dever que gera perigo. Esta constatação é a primeira exigência que tem de ser feita ao sistema criminal; do contrário, a mensagem transmitida pela norma primária será incongruente, havendo uma confusão de sentido dos valores sociais e de seus escalonamentos.

Na medida em que um delito apresenta comparativamente uma pena mais grave, esta realidade deve ser compreensível, apresentar compatibilidade com os valores que ensejaram a criação da norma imperativa. É uma questão de proporcionalidade abstrata interna, que, por definição, exige que determinados delitos possuam cominações abstratas menos gravosas. Além desta consideração, uma relação proporcional entre injusto e pena exige uma tendente igualdade de gravames, isto é, a gravidade da pena precisa, de algum modo, estar identificada com a gravidade do injusto.²¹⁴ Ao se considerar a máxima gravidade da sanção criminal, conclui-se que apenas injustos muito graves poderão configurar a antijuridicidade penal. Cuida-se, pois, de um juízo de ponderação.²¹⁵

Este juízo de igualdade possui, inegavelmente, um conteúdo retribucionista, o qual não está esgotado em si mesmo, como apontaria um defensor das teorias absolutas da pena. O que se pretende é um limite máximo de cominação em abstrato, a fim de

²¹⁴ Nesse sentido: “... *el principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una relación de proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena en el momento legislativo; en el momento judicial, que la pena resulte proporcionada a la gravedad del hecho concreto cometido.*” (AGUADO CORREA, Teresa. *Op. cit.*, pp. 275-276). “*La gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto.*” (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 85). No Direito brasileiro, relevante a obra: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²¹⁵ A proporcionalidade é inferida “... *mediante un juicio de ponderación entre la carga ‘coactiva’ de la pena y el fin perseguido por la conminación penal.*” (COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 80).

outorgar racionalidade aos padrões de gravidade variados e excluir fatos não relevantes do âmbito da infração do dever penal, ou seja, do conceito material de injusto. No primeiro caso, o problema sinaliza, com mais proximidade, em direção ao tema da proporcionalidade interna. A segunda meta demarca uma temática mais vinculada ao tema da proporcionalidade externa.

A indagação encontra dois enfoques. Quando se pergunta acerca das condutas que merecem a ameaça de pena, a noção externa da proporcionalidade não está muito disposta a responder quais fatos devem ser mais apenados do que outros. O conteúdo da resposta está mais ligado à verificação de quais comportamentos podem ou não ser ameaçados com pena. A proporcionalidade interna, ao contrário, já pressupõe a potencialidade penal da conduta, funcionando como um critério de ordenação de importâncias. Evidentemente, o problema da proporcionalidade externa é muito mais complexo. Para ela, não é suficiente dizer que o homicídio (bem jurídico vida humana) deve possuir uma pena abstratamente maior do que o furto (bem jurídico patrimônio). É preciso indagar (e problematizar) se, em nome desta modalidade patrimonial, é proporcional violentar a liberdade dos cidadãos com a ameaça da pena, ou seja, estabelecer um dever penal.²¹⁶

Cabe aqui uma pergunta: A violência da pena é proporcional àquela representada pelo comportamento compreendido como furto? Qual a violência mínima que deve possuir um comportamento para legitimar a violência da ameaça de pena? Estes questionamentos não podem ser responsavelmente ofertados em termos absolutos. Isso ocorre porque, para respondê-los, urge ter em mente o que significa a violência da ameaça de pena em termos concretos, sociais, criminológicos e investigar a própria extensão material da idéia de pena.

A partir disso, já pode ser percebido como que os conceitos dogmático e normativo de merecimento, preenchidos pelos critérios de proporcionalidade e adequação,

²¹⁶ No caso do ordenamento jurídico brasileiro, o problema não está resolvido sequer no âmbito da proporcionalidade interna. São comuns os exemplos de total desproporcionalidade entre delitos e penas. Apenas para citar alguns exemplos, basta cotejar as penas previstas para os crimes de lesão corporal dolosa do Código Penal (artigo 129) e lesão corporal culposa da legislação de trânsito (artigo 303 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997). O mesmo pode ser dito na diferenciação das penas atinentes aos crimes patrimoniais, como o roubo (artigo 157 do Código Penal), e delitos nitidamente mais graves e menos apenados, como o de redução à condição análoga à de escravo (artigo 149 do Código Penal).

permitem a utilização para resolução de casos de conhecimentos auferidos de outras instâncias do saber. A ferramenta dogmática está oferecida, uma vez que juridicamente passa a ser inadmissível tutelar penalmente condutas por meio da criação de deveres, cuja violação não tenha a mesma altitude da violência da cominação punitiva.²¹⁷

Se a normatização está presente através da proporcionalidade externa, tendo em vista a necessidade de compreensão interdisciplinar do significado e extensão da violência da ameaça de pena, também estará em razão da adequação. Aqui o juízo é voltado às conseqüências. A pena cominada em abstrato não está justificada, em sua existência e balizas, unicamente pela proporcionalidade. Esta é somente a sua extensão máxima. Além de proporcional, a tipificação da norma primária deverá apresentar uma pena adequada. A falta de adequação pode conduzir à ilegitimidade do dever penalmente criado ou, ainda, à redução da cominação abstrata conferida pela proporcionalidade.

Mesmo que a pena seja proporcional a determinado delito em abstrato, se a contenção desta prática for possível por outros segmentos jurídicos, a utilização da sanção criminal não poderá ser considerada adequada. Fala-se aqui do critério de subsidiariedade inerente à tutela penal do bem jurídico. Outrossim, se a pena não puder cumprir as finalidades de proteção que justificaram sua cominação, não há o que se falar em adequação e merecimento. Nenhuma conduta pode merecer algo inútil, que não é capaz de proteger bem jurídico algum. Ainda que se considere a violência da ameaça de pena proporcional à violência da infração do dever, não haverá merecimento se comprovado que a violência da pena em nada poderá contribuir para a salvaguarda do bem jurídico. Nem toda conduta que

²¹⁷ Esta conceituação permite a problematização de muitas situações. Exemplo que merece citação seria o das figuras previstas nos artigos 291 e 294 do Código Penal, ou seja, o crime de “... *petrechos de falsificação de moedas e de falsificação...*”, respectivamente. O argumento adotado para estas tipificações está na proteção do bem tutelado: a fé pública. “*O objeto da tutela jurídica é a fé pública no que concerne à garantia da autenticidade reservada a títulos e papéis públicos (representativos de valores ou respeitantes a valores de responsabilidade do Estado, ou a arrecadação de renda de sua competência).*” FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1384. Em que pese tal justificativa, a violência da ameaça de pena não parece guardar proporcionalidade externa com esta modalidade de infração de dever. Outros meios punitivos não-penais, já desde uma perspectiva *ex ante*, podem apresentar muito mais legitimidade para evitar esta forma de conduta.

agride bens jurídicos com intensa violência possui na pena um objeto de contenção adequada: eis a noção de fragmentariedade do sistema criminal.

A questão aqui colocada é semelhante àquela atinente à proporcionalidade. Afinal, quais condutas podem submeter-se adequadamente à violência da ameaça de pena? Esta pergunta para ser respondida depende de uma importante e prévia definição, qual seja, o estabelecimento da finalidade (ameaça de) da pena na norma de conduta. Somente com a eleição dos fins poderá ser sentenciada a capacidade da sanção em proteger bens jurídicos no âmbito da antijuridicidade. Certamente, estes fins podem ser exclusivamente escolhidos em respeito aos princípios fundamentais do Estado. Para o momento, o mais importante é afirmar que os fins da pena tornam-se, mediante o conceito de adequação, constituintes da legitimidade da consequência da infração do dever. O merecimento de pena é constituinte do conceito material de injusto – é um injusto merecedor de pena.

A finalidade da pena que preencherá o conceito de adequação resulta de uma escolha política, a qual deve ser balizada de forma jurídica, tornando-a politicamente limitada. Isto porque, como já frisado, os princípios jurídicos fundamentais, dentre eles a dignidade humana, terão o condão de impedir determinadas finalidades punitivas, como o alvitre de mera segregação. As metas das sanções criminais serão objeto de avaliação subsequente, restando, para o momento, a demonstração de como os conceitos aqui expressados podem compreendê-las como elementos decisórios da teoria do delito.

Antes da verificação das finalidades da resposta criminal, é imprescindível o estudo dos conceitos dogmáticos adstritos à norma de sanção, ao segundo pressuposto punitivo, isto é, à culpabilidade e necessidade de pena.

4.3 Norma Secundária e Culpabilidade

O conceito de culpabilidade, diretamente vinculado à norma de sanção, é o segundo nível ou pressuposto para a aplicação da pena ao caso concreto. Ele é resultado da

segunda valoração político-criminal inserida na teoria do delito, que buscará estabelecer os critérios pelos quais uma dada ocorrência concreta deve ser também concretamente punida. Trata-se, então, dos elementos que vão mais além de transformar um fato em injusto merecedor de pena. Aqui, precisarão concorrer outras circunstâncias que façam daquele injusto merecedor um fato ademais punível, isto é, necessitado de pena. Todo comportamento juridicamente necessitado de pena é, obviamente, merecedor; no entanto, o inverso não é verdadeiro.

A primeira consideração que deve ser realizada é de que o momento da culpabilidade é responsável por restringir, ainda mais, o universo de comportamentos que transpuseram a barreira da antijuridicidade. Neste último caso, o questionamento político-criminal que se colocava diante era a respeito dos fatos que mereceriam em abstrato, *ex ante*, a ameaça de pena. No âmbito da culpabilidade, a pergunta não é mais assim. O que deve ser respondido é: Quais os comportamentos que, uma vez realizados e submetidos ao juízo de valor *ex post*, devem sofrer a incidência do castigo? A resposta resulta na possibilidade de maior violência se comparada com a referida à pergunta anterior.²¹⁸

Desse estágio de maior violência inerente ao pressuposto segundo de imposição da pena resulta a própria concepção mais fechada, ou estreita, de sua filtragem. Não se está mais diante de pressupostos da proibição, mas sim da sanção, o que impõe a existência de critérios que, não obstante a existência da infração do dever, limitam a ocorrência violenta da sanção. Aqui, a violência da pena não se resume à restrição da liberdade enquanto ameaça. A incidência punitiva estabelece a violência individualmente direcionada, que supera o grau anterior e alcança a privação da liberdade, a obrigação de exercer atividades, de omitir-se de certos comportamentos, de submeter-se à diminuição patrimonial forçada.

Por conseguinte, os requisitos que condicionam as normas secundárias são diferentes daqueles que condicionam as normas primárias. Os juízos de valoração são de

²¹⁸ NEUMANN sugere a mesma pergunta em termos um pouco diferenciados: “*El principio de la culpabilidad se refiere a la pregunta de bajo qué presupuestos puede ser hecho responsable personalmente un autor por su hecho.*” Ademais, conclui: “*Esta cuestión puede y debe ser discutida como una cuestión normativa.*” (NEUMANN, Ulfried. *Op. cit.*, p. 136).

outra espécie.²¹⁹ Os fundamentos da antijuridicidade cedem espaço para os pressupostos da intervenção penal, amplamente denominados como fundamentos da culpabilidade. Esta alteração é responsável pela inversão da polaridade da importância legislativa e judicial no âmbito da norma de sanção. Pode-se dizer que o protagonismo se altera.

No caso da norma de conduta, a tarefa adstrita à tipificação racional, que considera, dentre outros aspectos, o juízo coerente de merecimento de pena, tem seu foco primordial na atividade do legislador. Isto não significa que ao judiciário não possa competir um papel de conferência, de revisor. Contudo, a própria perspectiva de avaliação *ex ante* do comportamento infrator do dever já redonda no protagonismo legislativo, responsável pela ratificação valorativa e pela produção do caráter imperativo da norma. O intérprete judicial, o operador do Direito tem a sua missão um pouco restrita, está mais vinculado ao texto da lei; sua crítica ou discordância acaba sendo refletida muito mais como postura de *lege ferenda* do que como argumentos constitutivos das decisões concretas. Por mais que um determinado tipo penal abstrato não apresente a mínima proporcionalidade com a pena que lhe é imposta, a grande maioria dos operadores, ainda que discordem do parâmetro legislativo, realizam-na judicialmente.

O papel do intérprete na norma de sanção, na elaboração da culpabilidade, é muito mais perceptível. Assim, as valorações existentes neste nível podem ser mais constatáveis do que naquele outro. O merecimento, erroneamente, apresenta mais dificuldade de ser enxergado como tarefa do jurista. Uma parcela da explicação é, seguramente, a característica abstrata do primeiro e concreta do segundo. Se aquela está referida à generalidade, a necessidade tem como referencial o individual, o homem determinado, a conduta específica. Cuida-se, pois, da aferição da reprovação, da ponderação acerca da atribuição de pena, bem como dos efeitos que esta e sua execução trarão para o condenado em

²¹⁹ Há unanimidade na doutrina de que o juízo de valor da culpabilidade é distinto daquele pertencente ao injusto. Após afirmar a insuficiência do conceito psicológico da culpabilidade e afirmá-la como um elemento normativo, ROXIN salienta que: “Existe, pues, unanimidad en considerar que la culpabilidad se distingue del injusto por la peculiar forma de valoración a que se somete la acción del autor.” (ROXIN, Claus. **Problemas Básicos del derecho penal**. *Op. cit.*, p. 200). Não há unanimidade, entretanto, no que consiste exatamente este juízo de valor. No caso deste trabalho, sustenta-se a diferença fundamental com base no juízo de necessidade de pena, separado do juízo de merecimento concernente ao injusto.

particular. A pena aplicada poderá construir um futuro de menor quantidade de infrações normativas se comparado ao presente? Esta é a verdadeira pergunta.

A resposta a esta indagação, para ser sistematizada de forma dogmática, impõe o estabelecimento de relações entre a necessidade de pena, a culpabilidade e a norma de sanção. Dito de outro modo, a correta realização da norma secundária, como determinação dirigida ao intérprete, exige deste um juízo de culpabilidade que tenha como referencial a necessidade de pena. Somente a pena útil pode ser imposta. Haverá culpabilidade quando ela realmente for necessária. Aqui, há claramente um juízo de consequência, de viés projetivo. No entender de NEUMANN, a culpabilidade será um juízo de reprovação e as finalidades da pena atuarão de modo decisivo no sentido de distinguir os fatores relevantes e irrelevantes para o aperfeiçoamento do desvalor.²²⁰

A identificação absoluta entre culpabilidade e necessidade, se colocada nestes termos, pode ensejar críticas. Afinal, se a identificação entre ambos os conceitos é absoluta, não teriam razão de existir, uma vez que não faz sentido dogmático substituir um conceito por outro. A elaboração da teoria do delito, por meio de diversos conceitos, deve supor a existência de elementos que se englobem, de tal sorte que um seja mais que o outro, evitando um simples esgotamento recíproco. Dizer que a culpabilidade é sinônimo de reprovação, por exemplo, pode ter algum potencial explicativo, porém não facilita nenhum tipo de decisão. A capacidade prática da teoria do delito resulta da sistematização de conceitos diversos, representados pela verificação da culpabilidade, v.g., como articulação de imputabilidade, consciência do ilícito e inexigibilidade de conduta diversa.²²¹

Aqui sustentar que a culpabilidade é expressão idêntica à necessidade de pena pode ter apenas um potencial explicativo, desde que se consiga definir o que quer dizer necessidade. Para funcionar como ferramenta dogmática decisória, o conceito de necessidade precisa caminhar mais adiante, atuar de modo autônomo dentro do parâmetro geral da

²²⁰ NEUMANN, Ulfried. *Op. cit.*, p. 140.

²²¹ Estes elementos integrantes da culpabilidade são os comumente apresentados pelo pensamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 411 e ss.

culpabilidade. Assim, algumas verticalizações são imprescindíveis. Se a culpabilidade deve ser a responsável pela verificação da necessidade concreta de pena, é óbvio afirmar que os requisitos deste pressuposto da sanção devem ser capazes de afirmar as situações de desnecessidade, isto é, de exclusão da resposta penal concreta. Assim, podem ser vistos dois grupos de requisitos de necessidade no tocante à sua natureza. Primeiro, os requisitos de necessidade legislados (em sentido amplo) e, segundo, os requisitos de necessidade de extremo cunho normativo, destinados à recepção das finalidades da pena (em sentido estrito). Então, a necessidade de pena, em sentido estrito, é um dos requisitos da culpabilidade.

Em relação aos requisitos legislados estão inseridos: o tipo de culpabilidade, a imputabilidade penal, a consciência da ilicitude e as chamadas causas de extinção da punibilidade. Em todas estas situações, se está diante de determinações legais, as quais ao judiciário compete reconhecer. Tais situações redundam de juízos de desnecessidade de pena feitos já no âmbito legislativo, cabendo ao operador analisar o caso concreto e perceber a existência de uma hipótese de subsunção. São decisões político-criminais já tomadas no nível abstrato, as quais, em tese, deveriam ser orientadas pelo critério aqui postulado.

O tipo de culpabilidade (tipo punível) atua como garantia de existência da noção de lesividade concreta, o que sustenta a importância deste princípio para o âmbito penal. A avaliação desta questão será feita no tópico seguinte, mas já importa deixar claro que a inocorrência do resultado nos delitos de lesão, por exemplo, impedem a aplicação da pena, tendo em vista um juízo de necessidade. Ainda que a pena possa ser merecida, em face da existência da infração do dever, não há motivos para sua efetivação, isto é, não obstante estar justificada a violência consistente na ameaça de pena, não estará justificada a violência mais incisiva consistente em sua aplicação. Ao ser analisada, a inocorrência do resultado poderá ser um problema de merecimento (antijuridicidade) ou de necessidade (culpabilidade), variando de acordo com o momento de percepção – *ex ante* ou *ex post* – de sua ausência.

A questão da imputabilidade penal é um problema de necessidade de pena legislada, o que, aliás, permite o redimensionamento do problema desde muito proposto por

ROXIN.²²² A problemática da maturidade, debatida sobre o enfoque da maioridade penal, não deve buscar a solução de tal impasse em aspectos meramente psicológicos ou de capacidade intelectual do adolescente em compreender sua eventual infração do dever. Tal controvérsia, nestes termos, é indissolúvel, pois exigiria, para o mínimo de seriedade, a realização de exames para cada caso concreto. Mesmo assim, cometeria o erro conceitual de confundir responsabilidade penal com capacidade meramente psicológica. Este equívoco, aliás, é o fundamento pelo qual se pode afirmar um forte movimento no sentido da redução da maioridade.

Menos importante do que os atributos físicos ou psíquicos do jovem é o debate penal a respeito da necessidade de pena. A questão deve ser pautada no sentido político-criminal, isto é, a pena não é o instrumento que se mostra condizente com as finalidades que se quer alcançar com a reprovação do adolescente infrator,²²³ sendo, por isso,

²²² ROXIN faz a seguinte ponderação a respeito da disposição legal alemã que determina a absoluta presunção de inimputabilidade aos menores de 14 anos: *“Lo correcto es estimar que se trata de una regulación de la exclusión de la responsabilidad que puede basarse bien en que el niño todavía no era normativamente asequible o bien en que no existe ninguna necesidad preventiva de punición. La experiencia de la vida enseña que los niños mayores la mayoría de las veces saben perfectamente que romper a pedradas cristales de ventana, hurtar, etc., no está permitido. A menudo los niños están también del todo en situación de poderse motivar por esas prohibiciones, de modo que la culpabilidad en sí habría de afirmarse. Pero como los hechos de los niños no conmueven a los ojos de los adultos la conciencia jurídica colectiva, y como la imposición de sanciones criminales contra los niños está preventivoespecialmente contraindicada, el legislador ha excluido con razón la responsabilidad.”* ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general:** fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Op. cit., pp. 847-848).

²²³ Esta verificação da falta de necessidade de pena criminal para os menores de 18 anos coloca-se ainda mais em evidência quando se percebe que o sistema juvenil equipara-se ao Direito penal em muitos aspectos, constituindo uma espécie de subsistema ou ramo especial do sistema criminal. Detalhando esta realidade, com precisão, SHECAIRA: *“Da adoção de um novo nome para o crime ou contravenção – ato infracional – com a incorporação de princípios tão caros ao Direito penal, como os mencionados nos tópicos precedentes deste capítulo, deriva a idéia de que, não obstante a inimputabilidade do autor, definidas pelos artigos 27 do CP e 228 da Constituição Federal, o fato típico praticado por adolescentes não se aparta do campo do Direito Penal, com todos os contornos garantistas que estão previstos no ordenamento. Ao contrário, quando a Constituição prevê garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual, defesa técnica de profissional habilitado (art. 227, IV, da CF), obediência aos princípios da brevidade e excepcionalidade na medida privativa de liberdade (art. 227, V, da CF), nada mais está do que configurando as características de um outro direito que, em tudo e por tudo, é ao comparável ao Direito Penal. Está conformando o chamado Direito Penal Juvenil, modalidade de um Direito Penal especial. Normas particulares são adotadas, o que diferencia uma modalidade de outra. Mas muitas identidades estão presentes, sendo a primeira delas a identificação do ato infracional com os crimes e contravenções. Se não houvesse um sistema especial de tutela da liberdade previsto constitucionalmente, totalmente identificado com o Direito Penal, não existiriam parâmetros para a persecução penal juvenil.”* (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Estudo Crítico do Direito Penal Juvenil*. Tese de Titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 192). Esta verificação aponta, na semelhança entre os dois modelos, uma diferença, ao menos em tese, da resposta jurídica, que pode ser justificada pela necessidade e fins diferenciados a serem cumpridos pela pena e pelas medidas socioeducativas.

sua aplicação legalmente reconhecida como inútil, contraproducente e cruel.²²⁴ Tais características, diante da realidade brasileira, tornam-se ainda mais profundas. O mesmo pode ser dito em relação aos inimputáveis nos termos do artigo 26 do Código Penal, para os quais a medida de segurança, ao invés da pena, conforma-se como consequência criminal, em sentido amplo, mais adequada. Destarte, desnecessária é a pena. Em relação ao semi-imputável, este juízo de necessidade, de consequência, é outorgado ao juiz, que, uma vez mais, deve decidir com vistas ao futuro. O magistrado deverá antecipar a meta e escolher os meios.

Igualmente, a falta de consciência do ilícito aponta para uma situação em que a pena é desnecessária, não obstante a existência objetiva da infração ao dever.²²⁵ A ocorrência da violação de um dever não conhecido, embora não afaste as considerações atribuídas no nível da antijuridicidade, da norma de conduta, elide qualquer justificação teórica de necessidade de pena. Este ponto apresenta a séria relevância da discussão já traçada entre normas de determinação puras e normas de valoração. Unicamente a tese mista adotada permite esta consideração da desnecessidade de pena no âmbito da culpabilidade, preservando intacta a existência de um comportamento antinormativo. A adoção da postura positivista extremada (normas como mandatos) levaria a uma conclusão diversa. Isso ocorre porque para esta teoria, podem violar a norma aqueles indivíduos que podem se deixar influenciar pelo seu comando. O desconhecimento do ilícito, ou a inimputabilidade, conduziria à inexistência do

²²⁴ Evidentemente que a afirmação é feita idealmente, como hipótese metodológica. Na realidade, o sistema de controle juvenil apresenta características nitidamente criminais, as quais podem ser percebidas desde o procedimento judiciário até os locais de internação. Desde o surgimento do primeiro tribunal de menores, que parece ter sido em Illinois em 1889, este sistema diferenciado difundiu-se pelo mundo, e não deixou de assumir um caráter de tecnologia de controle. Concretamente, mostra-se inábil para realizar os fins a que se propõe, atuando no Brasil como mais um mecanismo de exclusão das camadas baixas economicamente. Pode-se dizer de classe, em sentido amplo. Ponderações interessantes sobre o tema são feitas por RIVERO SÁNCHEZ: “*Es precisamente en la pretensión de mantener (también) bajo el sistema penal a aquellos que, por definición, no son adultos, donde se revela claramente el objetivo de no dejar espacios libres de control en la población, aspecto éste que no puede entenderse sino desde la perspectiva de elevar al máximo el nivel de eficacia del sistema de represión, aun cuando, como se verá, la legitimidad de dicho control sea más cuestionable... Si ha de prestarse atención a los actuales debates en torno al problema penal juvenil, tanto a nivel nacional como internacional, existen fundados motivos para creer que la euforia que acompaña a cada ‘adelanto’ e ‘innovación’ en este campo es, en muchos casos, infundada, y que éste sector del derecho no se encuentra en capacidad de cumplir las promesas que le hace a la sociedad ni de satisfacer el encargo social que se deposita sobre sus hombros. Una sospecha de hipocresía recae, pesadamente, sobre toda a política estatal desarrollada con respecto a los ‘menores’.*” (RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. **Episteme y derecho: una exploración jurídico-penal**. Granada: Editorial Comares, 2004, pp. 159-161).

²²⁵ Sobre a consciência do ilícito na legislação brasileira, vide: TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, pp. 258 e ss.

próprio injusto. Uma teoria do delito, assim lastreada, não tem como justificar dois momentos distintos, ou seja, não consegue separar a ordem objetiva de valores (antijuridicidade) da respectiva responsabilização por sua desobediência (culpabilidade).

Nas hipóteses de desconhecimento do ilícito, a pena se torna desnecessária pelo claro viés preventivo especial. Desta afirmação, pode ser legitimada a previsão relacionada ao chamado erro de proibição, estatuída no artigo 21 do Código Penal. A invencibilidade do erro sinaliza a completa desnecessidade de pena, literalmente expressa como hipótese de isenção de pena. Ao contrário, a falta de compreensão, que seria possível nas circunstâncias pelo agente, continua afirmando a necessidade da sanção criminal, no entanto, em patamar diferenciado. Cuida-se, assim, de uma necessidade minorada, de grau diferenciado.

Por fim, as causas de extinção da punibilidade, cada uma ao seu modo, também podem ser concebidas, para fins de aplicabilidade dogmática, como demonstrativas da falta de necessidade de pena. Evidentemente que a idéia de sanção pode compreender tanto a idéia da pena em sentido estrito, como os próprios efeitos da condenação. A prescrição, por exemplo, pode apresentar, nestes termos, uma justificativa muito mais coerente. O decurso excessivo do lapso temporal para a obtenção da sentença condenatória transitada em julgado conduz à falta de necessidade de punição. Esta conclusão, aliás, pode ser balizada em critérios de prevenção geral ou especial. Ancora-se na natural desconstituição do delito como abalo normativo ou na impossibilidade prática de fazer valer medidas de ressocialização após longo período. Apenas um viés retributivo apresentaria maior dificuldade de compatibilização. A prescrição da pretensão executória também encontra anteparo, ainda que, neste caso, o juízo de desnecessidade seja de menor intensidade, haja vista que permanecem mantidos os demais efeitos da condenação.²²⁶

²²⁶ No caso da prescrição da pretensão executória, entende-se, no Direito brasileiro, que os efeitos da condenação remanescem. “O decurso do tempo sem o exercício da pretensão executória faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na condenação. Os efeitos dessa prescrição limitam-se à extinção da pena, permanecendo inatingível todos os demais efeitos da condenação, penais e extrapenais.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 882). A respeito de uma postura funcional da prescrição: MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Não é o caso de avaliação de todas as causas de exclusão previstas na legislação brasileira, uma vez que, mais do que realizar seus específicos contornos jurídicos, aqui se pretende buscar um critério integrado de interpretação e justificação. Mas além da prescrição, três outras merecem destaque, principalmente porque serão posteriormente retomadas. A primeira delas resulta na extinção da punibilidade em razão do decurso do lapso temporal destinado ao oferecimento, pela vítima, de representação ou queixa. Aquela se trata de condição objetiva de procedibilidade para a apuração dos delitos que condicionam a atuação dos órgãos persecutórios (ação penal pública condicionada). A queixa refere-se à própria promoção da ação penal pela vítima, conferindo-lhe legitimidade ativa para demandar (ação penal privada). A inércia por parte do ofendido parece refletir uma imagem diferenciada do conflito existente se comparada com aquela que objetivamente o Estado pode conceber. A inatividade pode ser interpretada como produto de um déficit individual de lesividade do comportamento. Ainda que existam opiniões sabidamente em contrário, a omissão da vítima sinaliza o seu próprio entendimento do ocorrido, que minimiza a importância das consequências da infração do dever.²²⁷

Nesse sentido, ainda que o resultado tenha efetivamente ocorrido, a falta de representação ou queixa pode ser compreendida como demonstrativa da falta de lesividade específica do evento. Cria-se, pois, mais uma etapa de sua comprovação. Além da lesividade

²²⁷ Esta análise dos procedimentos processuais impostos à vítima, para alguns autores, não poderia ser vista como um reflexo destinado a minorar o caráter público do delito. Assim, seria falsa a idéia de que a inexistência de representação, por exemplo, significasse um déficit individual de lesividade. Se assim o fosse, o entendimento deveria conduzir, desde logo, à privatização do conflito. A destinação última da representação ou da queixa seria para aqueles casos em que a atuação do Estado poderia significar indesejada vulneração à intimidade da vítima. Em que pese o entendimento contrário defendido nesta tese, segue trecho demonstrativo dos mencionados argumentos de autoria de SILVA SÁNCHEZ, em texto relacionado os crimes patrimoniais leves: “*La exigencia de denuncia o querella para perseguir estos delitos (§248 a StGB) fue una de las soluciones propuestas al inicio. Sin embargo, esta opción, como también otras similares, pasó a ser enseguida objeto de crítica. En este sentido, se afirmó con razón que, dado el carácter público del Derecho penal, la atribución a éstos de condición de delitos perseguibles a instancia de parte pondría de relieve que, en realidad, no existe un interés social en el castigo. Algo que, en última instancia, resulta contradictorio con el hecho de renunciar en estos casos a las alternativas extrapenales. Pues, en efecto, aquí no se dan las razones de ponderación de interés que, en otros delitos, pueden conducir a acoger la persecución a instancia de parte como mecanismo de protección de la intimidad de la víctima.*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. In: **Estudios penales y criminológicos**. XXV. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2005, p. 340). Não se pode concordar que o condicionamento da ação penal conduziria à falta de interesse social do castigo. A pena continua sendo amparada pelas suas finalidades, que são todas elas nitidamente sociais. O que o condicionamento da ação deve perseguir é a demonstração da lesividade real, ou seja, se o fato tem relevância para necessitar pena. Assim, a representação ou a queixa, ao contrário de negar o caráter social da sanção, reafirma-o.

abstratamente prevista pelo legislador com a tipificação da infração do dever, da lesividade *ex post* verificada através do resultado exigido pelo tipo culpável, insere-se uma lesividade adicional, uma perspectiva individualizada, que a comprovação comunicativa da ocorrência se dá com a atuação ativa no universo da persecução. Afinal, tão-somente o lesivo em potencial pode merecer pena e o lesivo em concreto necessitar dela.

Isso justifica, por exemplo, a exigência do oferecimento de queixa como regra nos crimes contra a honra. A atitude processual ativa do ofendido em detrimento do ofensor é uma comprovação da lesividade, que é exigida para os crimes cuja mesma lesividade não pode ser pressuposta pela simples percepção estatal da ocorrência. Exige-se um método especial e adicional de aferição. Há fatos que são necessitados de pena com a simples verificação da infração do dever ou do respectivo resultado, como um homicídio, e existem outros que a demonstração da lesividade deve passar por uma exigência complementar, impor a manifestação ao vitimado. Do contrário, a pena não estaria atuando sobre um conflito real e com relevância penal, ela seria desnecessária.²²⁸ Nestas circunstâncias, os requisitos processuais podem funcionar como estruturas de oferta de “... *sentido criminoso*...”²²⁹ ao comportamento.

Outras causas de extinção de punibilidade que merecem menção são aquelas derivadas das medidas de jurisdição penal voluntária. Trata-se da homologação do acordo derivado da conciliação civil ou do cumprimento das condições impostas pela transação penal. Ambos os casos estão sediados no rito sumaríssimo, sempre destinado ao julgamento das infrações de menor potencial ofensivo. Nestes casos, observa-se a falta de necessidade das penas estipuladas em abstrato. São situações que, tendo em vista a própria

²²⁸ No sistema integral de FRISCH, o processo penal também é responsável por operacionalizar os conceitos de necessidade e merecimento de pena. Assim, por exemplo, nos casos de suspensão do processo, o que haveria, realmente, é a existência de um fato que não exige a aplicação de uma pena, em suma, de um comportamento que materialmente não é um delito. Nesta dinâmica, FRISCH advoga a falta de relevância penal dos crimes que ensejam ações privadas, eis que esta iniciativa da vítima em lugar do Estado já apontaria a falta de interesse público e a desnecessidade de penal. KUHLEN faz a seguinte observação do pensamento de FRISCH no tocante aos delitos privados: “*En la medida en que se remita al particular a una acusación privada, entra en juego algo de mayor alcance: desde la perspectiva del interés público no hay ninguna necesidad de llevar a cabo un proceso penal y asociar al hecho una pena. De esta manera, a la luz de un concepto material del delito, no se trata ya realmente de delitos. Según esta idea, habría que extraer del Derecho penal los delitos privados.*” (KUHLEN, Lothar. *Op. cit.*, p. 135).

²²⁹ Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. *Op. cit.*, p. 21

natureza de composição, sempre pressupõem a desnecessidade da pena privativa de liberdade, substituindo-a por outra natureza de pena (transação penal) ou suprimindo-a em face de acordo de natureza privada e pecuniária (composição civil dos danos). Não se pretende aqui encetar as infindáveis discussões que estes procedimentos ensejam, tais como: questões atinentes à legalidade, ao devido processo legal, à presunção de inocência, à segurança jurídica etc. O que se pode demarcar, e com certo grau de generalidade, é que todas estas medidas partem da mesma premissa: percebem a desnecessidade da aplicação das penas como cominadas pelo legislador para a infração do dever.

Em que pese manter intacta a violação da norma de conduta, a existência do injusto, o critério geral de necessidade deve impor a variação da resposta jurídica sob determinadas condições, compreendendo desde alternativas penais até acordos de notório cunho civil. A própria suspensão condicional do processo apresenta-se como uma via. Todos estes institutos sinalizam uma importante percepção da incapacidade da pena privativa de liberdade em cumprir sua missão de prevenção especial.²³⁰

Uma outra causa de extinção da punibilidade, esta substancialmente polêmica, é o pagamento do débito tributário ou previdenciário para os assim denominados delitos fiscais. Aqui muitas discussões existem, mas algumas considerações podem ser implementadas.²³¹ Não parece haver dúvida de que atualmente a grande finalidade do Direito penal neste campo é reforçar a atividade de arrecadação estatal. Aliás, em poucos campos do Direito penal dos Negócios, a meta é tão clara. Partindo desta premissa, o crime fiscal, ao mesmo tempo em que se confunde com o mero inadimplemento, permite a extinção de sua punibilidade com o pagamento. Há, aqui, uma espécie de redimensionamento do arrependimento posterior. A finalidade arrecadatória confecciona um sistema criminal específico e curioso, eis que, simultaneamente, recrudescer e arrefece.

²³⁰ Esta constatação, aliás, foi a mesma que orientou a prática legislativa, tendo em vista a “... *crise da pena de prisão e de sua mitológica função ressocializadora*.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-20).

²³¹ Histórico da legislação brasileira a respeito dos avanços e retrocessos jurisprudenciais no tocante à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo ou à suspensão do processo criminal pelo parcelamento do débito fiscal pode ser verificada na coletânea de artigos: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Coord.). **Direito penal tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Nesta perspectiva, a pena criminal não resulta do aspecto majestático da infração do dever, da violação ética de recolher o devido aos cofres públicos. Trata-se de uma pena de reforço, que postula o cálculo do custo e do benefício. Pode-se aqui retomar um ponto já analisado: um Direito penal da pena, não um Direito penal da norma. O raciocínio é profundamente utilitário, racional-econômico.²³² Mais do que isso, não há como negar que, tendo em vista a função arrecadatória exercida, a pena torna-se realmente desnecessária com o pagamento. Afinal, sua extinção é a própria motivação para o adimplemento. A quitação do débito encerra, pois, um juízo de necessidade de pena.

O problema dos delitos fiscais e sua legitimidade criminal talvez não estejam, por esta razão, no âmbito da culpabilidade, mas sim do merecimento de pena (conceito material de injusto). A questão aqui que aparenta maiores problemas não é a aplicação concreta da pena, mas a viabilidade do Estado em ameaçar com sanções tais comportamentos (infrações de deveres), instrumentalizando o Direito penal como simples reforço de outros setores do ordenamento jurídico. Resta saber se tal emprego do sistema criminal respeita os critérios de merecimento, tais como a proporcionalidade e a adequação.

Seja como for, todas estas considerações deixam claro como o problema da necessidade de pena, que é responsável pela normatização do conceito de culpabilidade, traz relevantes questões sistemáticas. Não poderiam os crimes patrimoniais, em geral, especialmente exercidos sem violência ou grave ameaça, estarem submetidos à exigência de representação ou queixa? Estas atitudes processuais da vítima não poderiam ser mais adequadas para demonstrar a necessidade de pena nestes casos concretos? O tratamento redimensionado do arrependimento posterior vinculado aos delitos fiscais não poderia ser estendido aos crimes patrimoniais sem violência ou ameaça? Todas estas questões buscam solucionar problemas concretos com o ferramental dogmático pertencente à culpabilidade, almejando racionalidade e coerência.

²³² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Sarbanes-Oxley-Act e os vícios do direito penal globalizado. In: **Revista Última Ratio**. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, pp. 193-210.

Mostra-se, assim, a vinculação estrita entre norma secundária, culpabilidade e necessidade de pena. Esta articulação se dá através de um juízo de consequência. Para o devido juízo é preciso definir melhor o que seja a necessidade de pena, isto é, quais os fins da sanção que concretamente a integram. Além disso, é importante uma análise mais acurada do tipo de culpabilidade para, posteriormente e em conjunto com as finalidades da pena, alcançar um conceito material de delito que permita melhor aproximação às indagações.

4.3.1 *Tipicidade ex post, Requisitos de Punibilidade e Princípio da Lesividade*

O tipo penal, como conceito não-autônomo que descreve expressamente parte dos requisitos essenciais para a imposição da pena, apresenta importância não apenas para o primeiro nível de pressupostos dogmáticos (antijuridicidade). Também deverá estar presente nas constatações existentes na norma de sanção, razão pela qual se pode falar em “... *tipo de culpabilidade* ou “... *tipo culpável*...”²³³ Sua missão sedimenta-se não somente na garantia da reserva legal, caminha mais adiante, agrupa a tarefa material de comprovar, *in casu*, a lesividade do comportamento. Logo, a perspectiva típica igualmente é colocada *ex post*, consistente na avaliação efetiva do resultado danoso, além da causalidade estabelecida entre o evento e o injusto.

Se assim não fosse, o delito estaria desproporcionalmente sediado como mera infração de dever. O desvalor do resultado, como pressuposto para a imposição da sanção, perderia boa parte de sua importância para a valoração negativa recaída sobre a ação.

²³³ Esta expressão “tipo de culpabilidade” é utilizada, por exemplo, em ROXIN, já em trabalho datado de 1973. O conceito é um pouco diferente do empregado aqui, embora a essência seja a mesma. Ao fazer críticas ao finalismo, assevera que a transposição do dolo e da culpa para a tipicidade não permitiu corretamente afirmar que a culpabilidade tornou-se um elemento puramente normativo. Ao lado do juízo de valor inerente a este momento, a culpabilidade também reúne inegáveis aspectos materiais, como a consciência do ilícito e algumas das nuances do estado de necessidade. Nesse sentido, continuaria reunindo tanto os objetos de valoração quanto à valoração em si mesma. Estes objetos de valoração pertencentes à culpabilidade constituiriam o seu tipo em sentido estrito. Assim: “... *será aconsejable distinguir entre el objeto de la valoración ('tipo de culpabilidad'), la valoración misma (que la mayoría designa con el nombre de 'reprochabilidad'), y la unión del objeto y de su predicado de valor (la 'culpabilidad' o, mas exactamente, el 'hecho culpable')*. En sentido amplio, objeto de la reprochabilidad es la totalidad del hecho, es decir, el injusto más los elementos específicos de la culpabilidad; en sentido estricto se puede limitar el tipo de la culpabilidad a las circunstancias que, sin pertenecer al injusto, son decisivas para la reprochabilidad...” (ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. *Op. cit.*, pp. 200-201).

O injusto absorveria quase que a integralidade dos requisitos que confeccionam a teoria do delito, o que equivale dizer que a tipicidade penal participa nitidamente dos dois juízos político-criminais que estruturam o delito de modo bipartido.

No caso da norma de conduta, o injusto poderá ser merecedor de pena se, como requisito primeiro, reunir todas as características (objetivas, normativas e subjetivas) elementares do comportamento consubstanciado como infração do dever. A inexistência de coisa alheia móvel não permite a antinormatividade existente na proibição do crime de furto. O mesmo pode ser afirmado a respeito do emprego de meio fraudulento para a infração do dever pertinente ao estelionato. A mera infração do dever não é suficiente para a existência do delito, dado que afirma apenas os pressupostos da antijuridicidade. Para a afirmação da culpabilidade, um requisito primordial é o desdobramento desta mesma infração em um resultado típico de lesão ou de perigo (tipo culpável).²³⁴

Um modelo pode ser esclarecedor. A infração e o resultado podem ser igualmente típicos, situação em que o fato será merecedor e necessitado de pena. Assim, se um sujeito atira contra um cidadão com intenção de assassiná-lo, há, indubitavelmente, a violação da norma que proíbe matar. A ocorrência do resultado em sentido amplo, consumado ou tentado, está inserido na tipicidade adstrita à culpabilidade, isto é, o evento representa-se como pressuposto da imposição da pena. O que pode variar, com a efetivação ou não do intento, é o grau de necessidade de pena. O delito consumado, por esta razão, é punido mais rigorosamente se comparado com a espécie tentada.

²³⁴ Destaca-se que também está presente no tipo de culpabilidade, conforme já apontado, o nexo entre a ação e o resultado. No caso da norma de conduta este nexo é apenas pressuposto. Aqui, na norma de sanção ele deve ser conferido, concretamente avaliado. Mais do que isso, o nexo no âmbito da culpabilidade (norma de sanção) compreende não apenas o nexo de causalidade presente nos crimes comissivos, mas também o nexo o resultado e a vontade do autor, aquilo que LESCH denomina “... *culpabilidade pela vontade...*” de produzir o resultado. Afirmo o autor que, para além do nexo de causalidade, “... *debe añadirse además una relación de culpabilidad, es decir, una relación entre el suceso perturbador y la voluntad del autor, pues desde KLEIN y FEUERBACH la responsabilidad penal debe basarse sin excepción en la culpabilidad por la voluntad.*” (LESCH, Heiko Hartmut. Injusto y culpabilidad en Derecho Penal. Tradução Ramón Ragués. In: **Revista de derecho penal y criminología**. nº 6. 2ª época. Madrid: Julio 2000, p. 254).

Entretanto, pode ocorrer situação distinta. Um indivíduo que conduz seu veículo entre duas cidades pode, em determinado trecho da rodovia, estar em velocidade acima do permitido. No trecho imediatamente subsequente passa a conduzir o automóvel regularmente, oportunidade em que acaba por atropelar um pedestre desavisado. No primeiro trecho, ele comete claramente uma infração de dever, contudo, não ocasiona nenhum resultado tipicamente considerado. No segundo, embora tenha ocorrido a infeliz morte do transeunte, esta não apresenta relevância penal, uma vez não existir qualquer antinormatividade. Na primeira hipótese, falta resultado típico e, na segunda, ação típica.

Neste sentido, o problema pode apresentar relevância penal com um raciocínio diverso. Caso no primeiro trecho o condutor tivesse respeitado o limite de velocidade, não chegaria no trecho subsequente em tempo hábil de atropelar a vítima. Logo, existe uma relação de causalidade, ainda que propositalmente forçada, entre a violação do dever e o resultado danoso. Ainda que se sustente esta relação, a percepção do tipo de culpabilidade impede esta admissão delitiva. Cumpre, então, um importante papel dogmático. Embora no trecho inicial o motorista estivesse atuando de modo antinormativo, o resultado previsto pela norma, imaginado como proibido *ex ante* pelo legislador não é chegar mais ou menos rápido em algum local. Já na perspectiva *ex post*, pode ser percebida a atipicidade do comportamento pela inocorrência de resultado proibido algum. ROXIN, para resolver este problema, viu-se obrigado a distinguir, no cerne da tipicidade, o âmbito de proteção da norma do âmbito de proteção do tipo.²³⁵ Seja como for, percebe-se uma nova possibilidade de resolução diante da atipicidade de culpabilidade no primeiro trecho e de atipicidade de injusto no segundo.

Neste sistema, o resultado pode ser apresentado como um problema de merecimento ou culpabilidade. Tudo dependerá da existência de potencialidade lesiva do comportamento e da própria concepção basal da teoria das normas. Para a confecção da norma primária, a importância crucial está na demarcação típica do comportamento, que pode ser evitado na medida em que implica na violação do dever. O resultado é um juízo de possibilidade abstrato, derivado da percepção de que certas condutas costumam acarretar

²³⁵ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva**. *Op. cit.*, p. 336.

eventos indesejados. A total impossibilidade de ocorrência do resultado surge como consequência da desconstituição da própria capacidade do comportamento em violar o dever. É por esta razão que o crime impossível é um problema de falta de merecimento de pena, tendo em vista a total impropriedade da conduta em afrontar, mesmo potencialmente, o bem jurídico.

O resultado, como questão atinente à culpabilidade, pressupõe a potencialidade existente no comportamento já realizado, isto é, uma autêntica violação de dever. Assim, a tipicidade *ex post* é uma espécie de regra de conferência do juízo de possibilidade *ex ante* do legislador. A ocorrência concreta do resultado, como produto da infração, consubstancia-se como um requisito para a imposição da pena. O injusto, todavia, é independente na perspectiva conceitual.

A exigência deste tipo de culpabilidade possui importância ainda mais profunda. Na medida em que funciona como requisito para a imposição concreta da pena, aperfeiçoa a verificação da lesividade e garante que sejam concebidos como delito somente aqueles comportamentos que, ademais de violarem a norma, produziram consequências de dano ou perigo. Este tipo de raciocínio apresenta um importante ferramental de crítica à aceitação dos “... crimes de perigo abstrato.”²³⁶ Nestas espécies, o juízo de possibilidade do legislador não passa pela conferência posterior da culpabilidade, pois a mera violação do dever já supõe a existência do perigo. O tipo de culpabilidade estaria consumido pelo próprio injusto. Esta consideração justifica, de modo mais coerente, a importância de afastar estas modalidades da seara criminal. Elas significam afronta direta ao princípio da lesividade ao bem jurídico.²³⁷

²³⁶ No Brasil, com conclusões favoráveis à aceitação desta modalidade de delito: SILVA, Ângelo Roberto Ilha. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150. Em sentido contrário, mais coadunados com a visão aqui explicitada: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.* e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²³⁷ Outra possibilidade de exclusão dos crimes de perigo abstrato do conceito material de delito está na inexistência do merecimento de pena. Para autores como FRISCH, onde o conceito de merecimento é mais importante do que o de necessidade, tais delitos de perigo abstrato deveriam ser excluídos do sistema criminal por não apresentarem uma relação de agressividade relevante para com o bem jurídico. KUHLEN faz a seguinte descrição: “Así, los delitos de peligro abstracto resultan problematicos ya a la luz de la idea de menoscabo cualificado de los bienes, en la medida en que abarcan tambien acciones desprovistas de todo peligro en caso singular, y deben por tanto en lo posible ser extraídos del Derecho penal.” (KUHLEN, Lothar. ¿Es posible

O tipo de culpabilidade garante a proporcionalidade entre resultado e castigo, ou seja, transfere para o segundo pressuposto de imposição da pena a continuidade deste princípio. As normas de conduta devem respeitar uma proporcionalidade abstrata, sem a qual a pena não se faz merecida. As normas de sanção precisam garantir que, em face da mesma violação de dever, a resposta seja diferenciada nas hipóteses de consequências diversas. Conforme já mencionado, um crime consumado não pode ser apenado tal qual o mesmo crime na modalidade tentada. Este é um importante juízo a respeito do desvalor do resultado. Prestigia-se, assim, um limite retributivo máximo, o qual não será o marco ideal da pena, mas sim sua baliza máxima. O estabelecimento concreto da sanção deve obedecer ainda os critérios de necessidade, próprios do momento da culpabilidade. O que não pode ser concebida é a fixação da reprimenda acima dos limites impostos pelo desvalor do resultado. A diminuição é plenamente admitida.

Antes da avaliação específica da necessidade de pena, convém salientar alguns detalhes sobre o modelo de ROXIN de responsabilidade penal. Esta formatação torna-se interessante porque o autor, sob outro paradigma, trabalha um mecanismo de limitação recíproca entre prevenção e retribuição. Esta análise poderá auxiliar o desenvolvimento da proposta aqui formulada.

4.3.2 *Proposta de Claus Roxin*

O devido entendimento da proposta de ROXIN a respeito da responsabilidade criminal deriva do questionamento inicial que realiza: Quais as razões que fundamentam a caracterização de uma conduta como culpável? Sua preocupação está sediada na busca de um conceito material de culpabilidade, no encontro de uma idéia ou valor reitor, cuja utilização possa interpretar todos os elementos negativos e positivos do conceito, além de

limitar el derecho penal por medio de un concepto material del delito? *Op. cit.*, p. 134). Em que pese o posicionamento dos autores, o entendimento da não-incidência de pena no crime de perigo abstrato em razão da falta de necessidade parece possuir um rendimento maior. Isso porque, tanto no crime de perigo abstrato quanto concreto, a infração do dever existe, ocorre que o intérprete deverá sempre exigir a efetiva colocação em perigo do bem para aplicar a pena. Favorece maior restrição no âmbito judicial, uma capacidade de interpretação que não necessita de qualquer iniciativa legislativa. Do ponto de vista da legislação, e aí há consenso com FRISCH, pode-se fazer uma crítica de *lege ferenda*, no sentido de apontar a desproporcionalidade e inadequação entre a pena e esta infração do dever, o que resultaria na perspectiva da carência do merecimento.

permitir o desenvolvimento de causas supralegais de exclusão.²³⁸ Cuida-se, por conseguinte, de um critério normativo unificador.

Este conceito não pode ser encontrado na tradicional identificação entre culpabilidade e exigibilidade, a qual, consoante ROXIN, não seria um conceito normativo, mas sim um mero princípio regulador. Não existe a possibilidade de inferi-lo sob o enfoque material. O questionamento continuaria em aberto, não se resolveria a pergunta a respeito dos critérios necessários para exigir ou não determinado comportamento de alguém. A indagação do porquê permaneceria sem uma resposta que conseguisse superar a formalidade ou circularidade.

Mais interessante, ainda, é a desconstituição que o autor promove da noção finalista de culpabilidade, mormente da definição de WELZEL, que enxergava a justificativa do conceito na capacidade, ou seja, no poder que possui a pessoa para formar sua vontade antijurídica. O delito seria sempre produto de uma decisão, e esta escolha era a responsável por legitimar o juízo de reprovação. Com isso, pode ser entendido por que a categoria da inexigibilidade de conduta diversa frutificou neste pensamento. Na proporção em que o indivíduo não poderia atuar de outro modo, seu comportamento, ainda que ilícito, não é mais resultado de uma escolha. Em outras palavras, se o agente não optou pelo ilícito, inexistem razões para a sua reprovação.

Este raciocínio apresenta diversos problemas, dentre os quais: a indemonstrabilidade do pressuposto e a impossibilidade de conferência. Isto denota que o livre-arbítrio não pode ser demonstrado, o que transformaria a estrutura em simples profissão de fé ou hipótese metódica sem lastro com a realidade. Além disso, não há como provar que o indivíduo, em determinadas circunstâncias, poderia ter agido de outro modo. Este juízo sempre será presumido, jamais real. Nesse contexto, ROXIN realiza uma interessante inversão a respeito da localização dos fundamentos da imputação, isto é, a questão não reside na

²³⁸ Nas próprias palavras do autor: “*Este problema del concepto material de culpabilidad tiene una importancia capital, porque la cuestión del cuál es el punto de vista valorativo rector en el que se basa esta categoría del delito puede ser totalmente decisivo para la interpretación de todos los elementos concretos de la culpabilidad e incluso para desarrollar nuevas causas de supralegales de exclusión de la culpabilidad y, por ello, en muchos casos para enjuiciar la punibilidad.*” (ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. *Op. cit.*, p. 201).

capacidade de liberdade de ação, mas na própria ordem jurídica, esta é que decide o que exigir do autor, tendo em vista suas condições e as circunstâncias externas do fato. O mérito da imputação não está em atributos pessoais, mas nas próprias imposições, permissões e tolerâncias do Direito. É um giro significativo, apto a concluir que a “... *culpabilidade é um problema normativo...*”²³⁹

A exclusão da culpabilidade não está fundamentada na inexigibilidade de conduta diversa. Quem define o que é exigível ou não é o Direito, que, em dadas condições, pode entender desnecessária a reação sancionatória. Por isso, o conceito de inexigibilidade é inútil, os problemas que lhe são colocados podem ser mais satisfatoriamente resolvidos por outra via.²⁴⁰

Com a percepção de que o juízo de culpabilidade é valorativo permite-se iniciar a busca de um critério reitor, que deverá conduzir a legislação e sua interpretação aplicada aos casos concretos. ROXIN define as finalidades da pena como este elemento valorativo unificador, mais especificamente, afirmará que a teoria dos fins da pena sustenta a categoria sistemática da culpabilidade.²⁴¹ Dito de outro modo, o fundamento da responsabilidade penal é o juízo de necessidade de sanção concreta, desde o ponto de vista político-criminal. Para tanto, a própria denominação da culpabilidade, enquanto etapa sistemática da teoria do delito, é alterada, passando a chamar responsabilidade, cuja culpabilidade será um conceito integrante e mais restrito.

²³⁹ Preceitua ROXIN nos seguintes termos: “... *lo que realmente se está discutiendo no es la incontestable cuestión del poder del individuo para actuar de otro modo en el momento del hecho, sino que se trata de ver qué es lo que el orden jurídico exige del autor a la vista de sus condiciones y de las circunstancias externas de lo sucedido en comparación con las de otros hombres, es decir, ‘qué se le exige al particular para que aún se le pueda imputar el hecho’.* Esto no es una comprobación perteneciente al mundo del ser, sino un procedimiento ‘de limitación de la responsabilidad penal atendiendo a puntos de vista normativos’.” (ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal.** *Op. cit.*, pp. 203-204).

²⁴⁰ ROXIN salienta que o problema do estado de necessidade exculpante, quando tratado como hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, apresenta incompatibilidades. Não há, em muitos casos, como afirmar que o sujeito não teria podido atuar de outro modo, como na questão da eutanásia. Desse modo, a exclusão da culpabilidade não poderia se dar pelo critério finalista, mas apenas através de considerações político-criminais, pelo entendimento de que o caso específico não deve ser submetido à efetivação da pena. (ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal.** *Op. cit.*, p. 204).

²⁴¹ *Ib.*, p. 209.

O delito é composto pela tipicidade, responsável pela listagem de todos os comportamentos proibidos, comunicando-os aos cidadãos e cumprindo função de prevenção geral. A antijuridicidade, por sua vez, integra a teoria com a meta de permitir determinadas condutas quando situadas em relações de conflito e a responsabilidade encerra um juízo político criminal de necessidade concreta de pena.²⁴² Como pode ser facilmente percebido, o momento principal de normatização está situado neste último elemento, tendo em vista sua capacidade de decidir com lastro nos fins da pena. Cuida-se da realização dogmática da teoria da pena. ROXIN, embora não negue as finalidades da sanção como existentes nos demais conceitos, não outorga tanta importância às suas respectivas valorações sob estes termos.

O autor alemão tem consciência dos problemas derivados da adoção integral de premissas preventivas para a pena. Ele percebe os perigos da criação de um instrumento que não tem limites para a intervenção do Estado.²⁴³ Como resultado, o conceito de culpabilidade será, além de um pressuposto necessário para a responsabilidade penal, uma barreira para as necessidades públicas de prevenção. Assim, devem conviver dentro da noção de responsabilidade dois aspectos diferenciados: a culpabilidade como fundamento do injusto e limite da pena e as necessidades preventivas de sanção penal, as quais são aqui entendidas com caráter geral e especial.²⁴⁴

²⁴² *Ib.*, p. 210.

²⁴³ Esta percepção dos perigos de uma visão exclusivamente lastreada nas finalidades da pena importa na modificação do pensamento de ROXIN. Com isso, o autor alemão obriga-se a redefinir o conceito material de culpabilidade, de modo com que este não se esgote nas finalidades preventivas da pena. Sobre esta historicidade do pensamento de ROXIN vide: PÉRES MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y prevención**: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: Editorial Tecnos, 1990, pp. 194 e ss.

²⁴⁴ “La responsabilidad depende de dos datos que pueden añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Una situación de este modo culpable precisa en la caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad. La necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídicopenal se da sin más con la existencia de culpabilidad.” (ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. *Op. cit.*, p. 792). Sobre esta relação entre culpabilidade e finalidades preventivas da pena, é bastante elucidativa a análise feita por COUSO SALAS: “... en la responsabilidad inciden – junto con la culpabilidad – tanto la prevención general como la prevención especial. La prevención general consiste, para ROXIN, básicamente su aspecto negativo de intimidación; en cambio, el aspecto preventivo-general integrador o positivo sólo aparece como un efecto anexo o secundario, que consiste en la ‘pacificación de la conciencia jurídica general’ por medio

Dito de outro modo, a culpabilidade impõe um limite máximo para a sanção penal, que pode ser rebaixado em razão dos critérios preventivos que iluminam a necessidade de pena. Ademais, a inexistência desta necessidade sancionatória pode resultar na sua isenção, o que justifica a margem criativa das causas supralegais de exclusão da responsabilidade penal. Exemplos dados por ROXIN são os casos do estado de necessidade exculpante e do excesso na legítima defesa.²⁴⁵ Embora não possam ser entendidos como causas de exclusão do injusto, já que não se subsumem perfeitamente aos tipos permissivos, a concreta desnecessidade de pena demonstraria a inutilidade de acionamento do sistema criminal,, não sendo os agentes submetidos à sanção.

De maneira implícita, poderiam ser encontrados no sistema de ROXIN os princípios materiais de merecimento e necessidade de pena. A idéia de necessidade, conforme exposta, articula as finalidades preventivas da pena, tanto de caráter geral quanto especial. O merecimento extrai-se do injusto e da culpabilidade, esta última como elemento integrante da categoria da responsabilidade. Ambos funcionam como requisitos da sanção, ainda que encerrem julgamentos diferenciados de valor, sendo o merecimento o limite máximo da necessidade.²⁴⁶

de la pena, que permite a la sociedad dar por resuelto el conflicto con el autor. La prevención especial tiene un signo básicamente limitador de la pena, esto es, sirve para disminuir su cuantía en aras de la resocialización, pero siempre que se respete un mínimo de prevención general que a veces es indisponible. En el marco de su teoría preventiva de la unión, para ROXIN, la pena fijada en consideración a estos dos fines preventivos no pueden superar la medida de la culpabilidad, que se convierte en su límite máximo, aunque desde luego puede quedar por debajo de dicha medida.” (COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**: historia, teoría y metodología. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, pp. 219-220). Em nota de rodapé, o autor faz uma relevante ponderação. Salienta que a tese de ROXIN a respeito da prevenção geral de integração praticamente não assume muita importância nesta construção teórica da responsabilidade penal. Isto não quer dizer que tenha sido simplesmente ignorada, mas sua participação é apenas secundária dentro da dinâmica da teoria da união.

²⁴⁵ COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**: historia, teoría y metodología. *Op. cit.*, p. 218.

²⁴⁶ Elucidativas desta questão do merecimento e da necessidade no pensamento de ROXIN são as considerações articuladas por LUZÓN PEÑA: “... la concepción de ROXIN se aproxima de la diferenciación entre merecimiento y necesidad de pena – aunque realmente él no realice nunca dicha diferenciación expresamente – conforme al criterio de que el injusto típico y la culpabilidad en el sentido tradicional dan lugar ya al merecimiento de pena, pero que la necesidad de pena se comprueba únicamente en la categoría de la responsabilidad (o culpabilidad en sentido amplio), compuesta por la culpabilidad en sentido estricto y la responsabilidad de cuño preventivo; pues, en efecto, para ROXIN, la responsabilidad se determina en virtud de las exigencias preventivas derivadas de los fines de la pena.” (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. *Op. cit.*, pp. 117-118).

Para a melhor compreensão do conceito de necessidade de pena traçado a seguir, três conclusões do pensamento de ROXIN são relevantes. Primeiramente, o autor consegue planejar um modelo que é capaz de realizar dogmaticamente as finalidades atribuídas à pena. Em segundo lugar, estabelece um limite para o ideário preventivo por meio do conceito de culpabilidade integrante da responsabilidade penal, o que permite estancar as críticas atinentes à tendente arbitrariedade das teses relativas da sanção criminal. Por fim, sua estrutura teórica justifica, com mais fundamento, a existência de causas supraleais de exclusão da responsabilidade, além de evitar a utilização de categorias indemonstráveis, como a inexigibilidade de conduta diversa.

4.3.3 *Necessidade de Pena*

No interior do conceito de culpabilidade, referente à norma de sanção e direcionado ao intérprete aplicador do Direito, resolveu-se por bem efetuar uma divisão. De um lado, os elementos positivados, legislados. No caso brasileiro, são eles: o tipo de culpabilidade, a imputabilidade, a consciência do ilícito e as causas de extinção da punibilidade. Todos eles encerram um julgamento de necessidade de pena.²⁴⁷ Porém, ao invés de entregarem esta tarefa integralmente para o magistrado, permitem que este a realize de modo mais estreito, com menor discricionariedade, mais fortemente amparado por critérios legais. Cuida-se, assim, de uma transferência mais cautelosa do juízo legislativo à apreciação judiciária, razão pela qual estes conceitos refletem, para o interlocutor da norma secundária, a avaliação da necessidade de pena em sentido amplo, predeterminado.

²⁴⁷ Assim como foi mencionado em relação ao merecimento de pena, o conceito de necessidade também não é unívoco, eis que os autores divergem a respeito do conteúdo a que se refere. JESCHECK e WEIGEND, por exemplo, afirmam que a necessidade pressupõe o merecimento. Todavia, o conceito de merecimento, embora derive da imprescindibilidade de proteção da coletividade diante de certa afronta (o que aqui não muito se difere) engloba tanto o injusto quanto a culpabilidade. Isso ocorre porque estes autores não elaboram a teoria do delito com base na teoria das normas, impossibilitando o diagnóstico de dois momentos diversos de valoração político-criminal. A necessidade de pena, por sua vez, estaria presente quando “... *la pena debe ser el único medio de proteger suficientemente el orden de la comunidad frente a ataques de esa naturaleza.*” (JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 55). Percebe-se que a idéia de necessidade aponta para o caráter subsidiário do Direito penal. Este problema, ao contrário do que pensam os penalistas alemães, é um problema da norma de conduta, na qual a infração do dever deve ser construída considerando o relacionamento entre o sistema criminal e as suas formas peculiares de proteção ao bem jurídico (princípio da subsidiariedade).

Ao magistrado não compete realizar um juízo de necessidade de pena a respeito do menor inimputável. Sua valoração é indiferente, bastando o reconhecimento da menoridade. Igualmente pode-se dizer no tocante à prescrição. Ainda que apresente um inconformismo individual, ao órgão judicial não existe outra opção senão a admissão da prescrição uma vez transcorrido o prazo estabelecido. A extinção da punibilidade deriva, como já dito, de um juízo abstrato do legislador, o qual entende que existem prazos a serem obedecidos e, quando transpassados, liquidam qualquer pretensão de imposição concreta da pena.

Ao lado destas categorias legisladas, pode ser também verificada a necessidade de pena em sentido estrito, capaz de outorgar ao momento judicial uma valoração bem mais profunda e maleável. Se está diante da necessidade de pena como autêntico princípio político-criminal, destinado a compreender materialmente as finalidades atinentes à imposição do castigo.²⁴⁸

SILVA SÁNCHEZ, embora reconheça a exigência de investigações mais profundas acerca do assunto, confere ao conceito de necessidade uma participação dogmática um pouco menos incisiva. Entende o penalista que tanto a necessidade quanto o merecimento de pena não são categorias autônomas. A função dos conceitos reside em sua integração com as estruturas da teoria do delito, permitindo uma construção de natureza teleológica. Assim, a necessidade não seria um integrante da culpabilidade propriamente dito, mas atravessaria todas as suas construções sistemáticas, colorindo de modo uniforme “... o momento de adotar qualquer decisão de incriminação.”²⁴⁹ Poder-se-ia dizer de uma categoria de orientação,

²⁴⁸ Esta divisão interna da participação do conceito de necessidade de pena impõe um maior prestígio garantista ao conceito de culpabilidade, o qual estará ladeado às exigências preventivas. De fato, se a culpabilidade fosse completamente substituída pelo conceito de prevenção, chegar-se-ia ao perigo de não aparelhar a teoria do delito de elementos limitadores da pena. Desse modo, fariam sentido as críticas feitas por SANZ MORÁN. Se a culpabilidade fosse exclusivamente lastreada em critérios de prevenção, não seria ela capaz de corrigir o caminho porventura trilhado por estas mesmas exigências. (SANZ MORÁN, Ángel José. Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena. In: **Revista de derecho penal**. nº 8. Valladolid: Enero 2003, p. 14).

²⁴⁹ Estas são as palavras de SILVA SÁNCHEZ a respeito do tema: “Es, desde luego, cierto que se ha impuesto la tesis de que estos criterios no deben examinarse al margen de las categorías del sistema del delito, configurando una nueva categoría (político-criminal) adyacente a las tradicionales, sino que deben integrarse en las categorías dadas; algo que desde una construcción teleológica del sistema, orientada a las finalidades político-criminales, resulta evidente. Sin embargo, también es cierto que se ha señalado que tales criterios ‘atravesan’ las categorías sistemáticas, las ‘colorean’, por así decirlo, desde el momento en que se adopta la decisión de la incriminación, y todo ello de un modo uniforme, de modo que carece de sentido tratar de hallar manifestaciones

interpretativa, destinada a proporcionar racionalidade. A posição aqui adotada diverge um pouco desta proposta.

Não há dúvidas de que o conceito de necessidade de pena apresenta nítida influência nos elementos da culpabilidade, uma vez que participa, em todos os níveis, da formulação da resposta ao questionamento subjacente à norma de sanção. Sua apreciação é sempre decisória para a imposição da pena *in concreto*. Não há como negar uma diferenciação extensiva entre a valoração judicial nas categorias positivadas da culpabilidade (necessidade em sentido amplo) e o juízo especificamente concreto de necessidade de pena com lastro nas finalidades da sanção (necessidade em sentido estrito). Há muito mais liberdade na segunda situação do que na primeira. Por esta razão, a bifurcação da noção de necessidade facilita a visualização desta realidade. Um outro ponto favorável é que a especialização do conceito permite articular e justificar algumas soluções político-criminais bastante interessantes, sem perder de vista a importância garantista do conceito de culpabilidade.²⁵⁰

O conceito de necessidade de pena não é totalmente estranho à legislação brasileira. A menção está prevista no artigo 59 do Código Penal, oportunidade em que o legislador impõe ao juiz a ponderação a respeito das denominadas circunstâncias judiciais. Estas circunstâncias, aliás, são as responsáveis maiores pela individualização da pena, tendo

específicas diferentes de uno u otro en los diversos niveles del sistema." (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. *Op. cit.*, p. 407).

²⁵⁰ Os pensamentos a respeito desta questão poderiam ser divididos, em traços poucos precisos, em três categorias. Primeiramente, um pensamento de corte finalista, o qual mantém o entendimento de que a culpabilidade não apresenta como fator determinante a valoração político-criminal. Sua estruturação continuaria a depender de conceitos ontológicos e materiais, com destaque para a inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido, CEREZO MIR, José. **Problemas fundamentales del derecho penal**. Madrid: 1982. Posição intermediária é aquela que postula, exatamente em face da indemonstrabilidade do conceito de inexigibilidade de conduta diversa, uma interpretação ou redimensionamento das categorias da culpabilidade, de modo a orientá-las por finalidades preventivas. Mais do que isso, a justificativa da culpabilidade passaria a ser a capacidade de o indivíduo se motivar de acordo com as normas. Uma perspectiva social preponderaria sobre a individual. Assim, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios de derecho penal**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1990, pp. 140 e ss. MIR PUIG e MUÑOZ CONDE desenvolvem pensamentos semelhantes. Vide: COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad: historia, teoría y metodología**. *Op. cit.*, pp. 153 e ss. Por fim, autores existem que definitivamente inserem as finalidades preventivas da pena no conceito de culpabilidade, o que se apresenta no desenvolvimento do trabalho intelectual de ROXIN. A postura aqui proposta é mais assemelhada à de ROXIN, eis que, ao refutar o conceito de inexigibilidade de conduta diversa, entende que a culpabilidade continua tendo importante papel limitador da pena. No entanto, ocorre que sua meta também é permitir a operacionalização de conceitos que respondem ao questionamento político-criminal vinculado à norma de sanção.

em vista que reúnem critérios que permitem valorar o fato analisado, bem como o autor a quem se imputa a violação do dever. Mais do que isso, também na legislação nacional a necessidade está voltada à concretização dos fins da pena, razão pela qual o legislador entendeu devido adotar expressamente a teoria mista (reprovação e prevenção). Cuida-se, pois, de um comando jurídico direcionado ao julgador, o que permite dizer que a noção de necessidade está realmente incluída na problemática pertinente à norma de sanção, além de estar, de modo teleológico, direcionada à adequação entre a eleição da pena e os fins postulados.

A autonomia desta conceituação propicia ao magistrado maior aproximação ao caso concreto, uma vez que a efetivação da sanção dependerá de um juízo de consequência. A indagação a ser feita diante do caso é um prognóstico que parte em busca da melhor solução para evitar novas e futuras infrações à norma de comportamento. A pena deve funcionar de forma apta a impedir ou diminuir o grau de violações jurídico-penais posteriores, tanto por parte do indivíduo submetido ao julgamento, quanto por toda a sociedade.

Esta correlação entre as prevenções de culhos geral e especial encerra um problema complicadíssimo, enfrentado, por exemplo, por ROXIN. A adoção de uma ou outra perspectiva culmina em respostas absolutamente diferenciadas.²⁵¹ Um prognóstico lastreado em considerações totalmente especiais conduziria à absoluta desnecessidade de pena para o indivíduo tradicionalmente denominado criminoso habitual. Ao revés, critérios exclusivos de prevenção geral justificariam de modo muito debilitado a existência de critérios de culpabilidade de nítida vinculação ao agente. Isto não é um problema do conceito de necessidade enquanto categoria ou estrutura da teoria do delito, mas sim uma opção da sociedade, da questão atinente ao conteúdo da sanção, ao sentido que lhe é empregado. Convém ressaltar que, independentemente da opção, a pena estará sempre limitada em seu marco máximo, tendo em vista as penas cominadas para a infração do dever (proporcionais e adequadas), bem como pelas consequências desta violação exigidas pelo tipo de culpabilidade.

²⁵¹ Estas dificuldades não devem justificar um retorno à noção de culpabilidade ontológica ou metafísica. Estas formulações tendem a identificar a culpabilidade jurídica com uma culpabilidade ética. Esta concepção é absolutamente incoerente diante de regras jurídico-penais de imputação. Sobre o tema: NEUMANN, Ulfried. La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico de la culpabilidad. *Op. cit.*, pp. 137 e ss.

O mais importante para o momento é a demonstração de como o conceito de necessidade de pena atua como elemento normativo da culpabilidade e, por isso, facilita a percepção da ponderação político-criminal que está detrás da norma secundária. Esta normatividade está alçada em dois níveis, por estar presente tanto na avaliação legislativa da culpabilidade, quanto na abertura das margens judiciais de aproximação ao caso concreto (sentido estrito). A consciência desta valoração resulta em duas ocorrências: diminuem o mecanicismo entre crime e castigo e abre um espaço de reflexão para a escolha de meios adequados para a concretização real das finalidades da pena. Em resumo, promove-se uma problematização na determinação da pena.

Mais uma importância reúne o conceito: a sua capacidade de permitir à doutrina um papel propriamente construtivo, disposto a operacionalizar a solução de casos. No Direito penal brasileiro, por exemplo, não foi por falta de elaborações doutrinárias que as causas supraleais de exclusão da ilicitude não são comumente aceitas na jurisprudência. O motivo advém de um positivismo arraigado, no qual o fundamento de refutação à tese está resumido pela falta de previsão legal. A percepção do questionamento político-criminal por trás do conceito de culpabilidade oferta novos parâmetros à discussão, tendo em vista que pode inserir metodicamente as propostas acadêmicas.²⁵²

No caso das causas supraleais, o questionamento político-criminal não está no merecimento (antijuridicidade). Não se discute, abstratamente, se os injustos que as reúnem devem ou não ser ameaçados com pena. A problemática é concreta. Em outros termos, uma vez avaliadas as circunstâncias específicas do caso, a indagação que remanesce é se o indivíduo necessita ou não ser apenado quando agiu em estado de necessidade, mesmo não respeitando o balanceamento de bens jurídicos essencial ao tipo permissivo (estado de necessidade exculpante). Hipótese semelhante é a do sujeito que atua em legítima defesa, de

²⁵² ASSIS TOLEDO, presidente da Comissão responsável pela elaboração da Parte Geral de nosso Código Penal já afirmava que o fato de a legislação ser omissa a respeito da legítima defesa exculpante não impediria o seu reconhecimento. O mesmo, aliás, pode ser dito em relação ao estado de necessidade exculpante. Nesse sentido: “Nosso Código prevê a legítima defesa justificante (art. 25), a putativa exculpante (art. 20, § 1º) e os excessos puníveis a título de dolo ou culpa *stricto sensu* (art. 23, parágrafo único). Silencia-se a respeito do excesso exculpante, o que, a nosso ver, não prejudica nem impede a sua admissibilidade e adequado tratamento, por aplicação do já mencionado princípio *nullum crimen, nulla pena sine culpa*.” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 330).

modo desproporcional (legítima defesa exculpante). As respostas a estas questões não podem ser universalizadas, dependem do grupo de casos, da concretude da situação. O que parece não se sustentar é a objeção em, sequer, realizar tal avaliação, sob o pretexto da falta de previsão legal.

Dessas afirmativas algumas conclusões podem ser feitas. O conceito de necessidade de pena apresenta um nítido viés preventivo e, ao mesmo tempo, é limitado pelo merecimento de pena e pelos tipos de culpabilidade. Um conceito de necessidade de natureza retributiva não teria razão de existir, pois estaria identificado com os seus próprios limitadores. Assim, e por razões de cunho preventivo, a sanção penal poderá ser imposta abaixo do merecido, mas jamais superá-lo.

O juízo de necessidade de pena é o responsável pelo nexos entre as restrições concretamente impostas ao condenado e as finalidades da pena. Portanto, qualquer privação deverá estar justificada racionalmente pelos fins que almeja cumprir. Este vínculo é um espaço metódico para a elaboração científico-jurídica, de tal modo que os conhecimentos produzidos poderão, ao preencher o conteúdo da necessidade de pena, aprimorar as decisões atinentes à escolha da modalidade punitiva e, mais ainda, elaborar situações em que, mesmo merecida, a sanção é absolutamente contraproducente.

Evidente que esta relação deverá pressupor específicos fins para a pena criminal, fator que justifica os tópicos subseqüentes. Afinal, os postulados de merecimento e necessidade de pena precisam estar comprometidos com metas materiais, socialmente palpáveis. Somente dessa forma eles poderão cumprir o objetivo traçado, qual seja, estabelecer um utilitário conceito material de injusto merecedor e necessitado de pena.

PARTE 2 SANÇÃO PENAL E CONCEITO MATERIAL DE DELITO

1 JUSTIFICATIVAS DA SANÇÃO EM DIREITO PENAL

1.1 Fins Empíricos e Necessidades Lógicas da Sanção Jurídica

A avaliação da pena criminal apresenta muitas nuances. A própria complexidade histórica do sistema de castigos impõe necessários cortes e simplificações. Impensável seria realizar um traçado completo das formas de expressão da pena, dos valores que realiza e dos sentidos sociais inseridos em suas experimentações coletiva e individual.²⁵³ Diante desta impossibilidade, o interesse aqui reside na pena como sanção jurídica, mais especificamente como reflexo do caráter imperativo e coativo do Direito.

Este enfoque da pena a coloca como consequência jurídica do delito. Ao seu lado, existem outras consequências, de natureza diversa, mas igualmente jurídicas. Não é sem motivo que o sistema de respostas penais ao delito engloba, juntamente com a pena, a medida de segurança, balizada sob outros critérios determinantes de sua imposição, notadamente em face da resposta diferenciada que é dada ao requisito de culpabilidade consistente na imputabilidade penal. Conforme já afirmado, a inexistência de imputabilidade pode acarretar consequências jurídicas diversas da pena, levando-se em conta que a aplicação do tradicional meio de violência torna-se desnecessária. A falta de sanidade conduz a medidas de segurança, enquanto a carência de maturidade condiz com as postulações atinentes às medidas socioeducativas. Mais ainda, o sistema brasileiro prevê outras consequências jurídicas do delito, tendo em vista os chamados efeitos da condenação.²⁵⁴

²⁵³ Esta ponderação também está presente em GARCIA-PABLOS: “*La historia de las teorías de la pena constituye una historia universal del Derecho Penal.*” (GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal:** introducción. *Op. cit.*, p. 67).

²⁵⁴ Os efeitos da condenação, no sistema brasileiro, podem ser definidos como: “... as consequências de caráter não penal que logicamente se impõem em razão do reconhecimento da prática delituosa, sendo os previstos no art. 91 do Código Penal decorrência automática da condenação, enquanto os estipulados no art. 92 do Código devem ser declarados motivadamente na sentença. São, portanto, automáticos, os efeitos de tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime, bem como a parda, em favor da União, ressaltado o direito do

A pena está relacionada com o delito em dois momentos diversos, ou seja, em distintas etapas de valoração político-criminais. No tocante à norma de conduta, fase da antijuridicidade, a ameaça da pena merecida é potencial, produto de juízo abstrato do legislador. Cuida-se propriamente da imperatividade. Em relação à norma de sanção, a avaliação judicial é concreta, feita por um magistrado e balizada sobre um ato específico. Se está diante da coatividade da pena. Tanto a imperatividade quanto a coatividade vinculam-se à infração, alteram-se, porém, os objetos e sujeitos da valoração jurídica.²⁵⁵

Este aspecto inexorável de sujeição individual à pena, uma vez verificados os critérios estatuídos pela teoria do delito como conjunto de pressupostos, é uma das conseqüências diferenciais do Direito penal, isto é, sua caracterização constituinte interna. Na medida em que possui este tipo de resposta, o sistema criminal se perfaz como jurídico, como pertencente ao universo do Direito. Sua sanção, em sentido amplo, não é simplesmente de consciência ou transcendental; mais ainda, ela não se esgota em exclusões de grupos determinados pela não-observância de costumes ou ritos específicos. O Direito, por isso, não se confunde com a moral nem com o conjunto de regras do trato social.

Senão bastasse, o Direito penal também é diferente de outros segmentos jurídicos. Trata-se de uma valoração de ordem diferenciada. No cerne de um pensamento de natureza retributiva, esta separação do sistema criminal é muito nítida. O Direito civil, por exemplo, vislumbra a reparação de danos, já o Direito administrativo pretende a eliminação de fontes de perigo.²⁵⁶ Ao Direito penal competiria a adoção da pena como fenômeno

lesado ou do terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime e do produto do crime." (REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 149).

²⁵⁵ Esta distinção entre imperatividade e coatividade pode ser expressa nos seguintes termos: "*Existe um término que suele identificar con el de coactividad y que, sin embargo, no es técnicamente del todo equivalente: la imperatividad. Mientras que la imperatividad se refiere al plano de la previsión normativa, a nivel legislativo, de la sanción en potencia, la coactividad alude más bien a la realización en acto de dicha sanción.*" (FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento y finalidad de la sanción**: ¿un derecho a castigar?. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 88).

²⁵⁶ Esta postura dos outros segmentos do Direito é afirmada por: GONZÁLES-RIVERO, Pilar. El fundamento de las penas y las medidas de seguridad. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **El funcionalismo en derecho penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 59.

retrospectivo, como castigo destinado a impor o sofrimento e salientar a desaprovação quanto à conduta do agente.²⁵⁷

Atualmente, esta diferenciação entre a pena e as formas jurídicas próprias de outros segmentos não mais pode ser concebida de modo demasiadamente estanque. A pena como consequência do delito e detentora de uma dinâmica de castigo se, por um lado, pode cumprir uma necessidade lógica de diferenciação do Direito penal, por outro necessita estar voltada à realidade, isto é, tem de se justificar do ponto de vista social. Este é em dos grandes problemas das teses retributivas e funcionalistas extremadas que serão tratadas nos tópicos seguintes. Na medida em que um autor como JAKOBS afirma que ao delito deve-se seguir a pena independentemente de qualquer aspecto ou influência empírica, existe neste pensamento apenas uma visão de coatividade e imperatividade do Direito, nada mais.

A sanção jurídico-penal não pode estar restrita à sua justificativa interna.²⁵⁸ A pena deve gerar consequência para fora do mundo da normatividade, buscar uma legitimação externa, na facticidade. Sua violência é muito significativa para que a sua existência esteja na normatividade. Isso impõe, necessariamente, uma fluidez maior das fronteiras existentes entre o Direito penal e os demais segmentos, fruto da percepção continuada da necessidade de novos modelos punitivos que sejam mais eficazes e menos

²⁵⁷ Apenas a título de complementação, importa salientar que a Teoria Geral do Direito debate a respeito da existência de uma desaprovação inerente à pena. Uma postura valorativa tende a afirmar esta existência, enquanto um pensamento de cunho positivista pode buscar afastá-la. De todo o modo, trata-se de um célebre debate entre as concepções de HART e ROSS. Ambos apontam a noção de castigo e sofrimento que é subjacente à reprimenda, porém apenas ROSS admite a dimensão de desaprovação. Esta polêmica é trazida por: FALCÓN Y TELLA, María José. FALCÓN Y TELLA. Fernando. **Fundamento y finalidad de la sanción**: ¿un derecho a castigar?. *Op. cit.*, p. 89. GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**: introducción. *Op. cit.*, p. 65. Alguns autores aceitam a pena como um juízo de valor público de caráter ético-social, definindo este traço como sendo a sua natureza. Nesse sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. *Op. cit.*, p. 70.

²⁵⁸ Outro exemplo de justificação da pena que, na verdade, apenas compreende sua faceta interna ou propriamente jurídica é ofertada por JESCHECK e WEIGEND: “*La justificación de la pena reside sólo en que es necesaria para la conservación del Ordenamiento jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad. La coacción estatal renunciaría a si misma si no pudiera impedir la afirmación abierta de infracciones jurídicas insoportables. Sin la pena el Derecho dejaría de ser un Ordenamiento coactivo para quedar reducido a normas puramente éticas.*” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 69). Os autores complementam que esta justificação da pena se desenvolveria sobre três aspectos: demonstraria o poder do Estado – aspecto político-estatal, evitaria a justiça de mão própria – aspecto social-psicológico e forneceria uma possibilidade moral de expiação ao delinqüente – aspecto ético-individual.

cruéis. A pena não deve ser somente um elemento lógico da imperatividade jurídica, mas se preocupar com os contornos sociais, a avaliação empírica de seus sucessos ou fracassos, com os malefícios de sua externalidade. Esta visão é a única capaz de extrair das finalidades da pena um conceito material de delito, ou seja, de limitar a adoção da pena pela justificativa de sua própria incapacidade ou esgotamento. Em outras palavras, se a essência da pena está na privação de bens jurídicos do agente, esta mesma privação deve ser constantemente avaliada e redimensionada em face da percepção de seus resultados reais. A materialidade da pena precisa estar determinada pelo seu sentido social, pelo seu fim: é um conceito material de pena.

Estas observações derivam de uma premissa essencial. O fim primeiro do Direito não pode ser a imposição da pena, mas sim o cumprimento da norma. A pena tem a sua imposição justificada quando significar um meio legítimo de cumprimento futuro da norma primária. As metas jurídica e social são a dimensão da norma de conduta, evitando ao máximo a operacionalização punitiva da norma de sanção. Esta última tem como função ativar o sistema de penas tão-somente se estas propiciarem novas realidades no tocante à anterior. Eis aí toda a estrutura preventiva e de racionalização-limitação da violência do Direito.

O sistema penal para privilegiar a norma primária deve adotar como paradigma um Direito penal do delito em detrimento de um Direito penal da pena. Entende-se, assim, que a norma de conduta, embora seja consubstanciada como infração de dever, não pode significar a violação de qualquer dever. Esta é a razão de existência do conceito de merecimento de pena, porque a constituição da norma primária deve pressupor a proteção subsidiária e fragmentária do bem jurídico, além de estimar que esta mesma proteção somente pode ser realizada de modo adequado e proporcional. Estes requisitos outorgam legitimidade à determinação, conferindo um caráter real de violação jurídico-penal ao comportamento que não lhe obedece.

Este conceito de dever vai mais além da faceta que verifica na norma penal um imperativo. Por trás deste existe uma instância de valoração que é própria do Direito

em geral,²⁵⁹ mas que se sobressai, pela importância e violência da consequência, no sistema criminal. A legislação penal deve estar pautada, ao máximo, sobre consensos, realidades sociais entendidas como valiosas, estimadas e relevantes para a sua proteção sob a ameaça de pena. Esta referência axiológica é o fator essencial para o cumprimento espontâneo do Direito e, em consequência, para a significativa diminuição da aplicação forçada da pena. Inverte-se a lógica vulgar, na qual quanto maior o número de normas penais mais a sociedade será obediente e organizada. Especificamente neste âmbito, a diminuição das proibições, restringindo-as aos fatores comunitários essenciais, conduz, pela persuasão valorativa, à predisposição de menor incidência quantitativa de violações.

Ao contrário, a perda do aspecto axiológico e a consequente extensão conceitual do dever penal significam a instrumentalização do sistema de penas como mera tecnologia de controle.²⁶⁰ O efeito imediato desta medida, contemporaneamente sentido, é o aumento de criminalizações, o recrudescimento de penas, a diminuição de zonas indiferentes ao Direito penal e, não obstante tudo isso, a maior predisposição para o descumprimento das normas. Na medida que a violação do dever penal não é sinônimo da violação de um valor consensual, a axiologia não reverbera enquanto categoria criativa. A sanção passa a ser o único fator de motivação. Com isso, a pena deforma-se, perde o seu sentido pela notória incapacidade e se transforma no fundamento da exclusão e instrumentalização do homem.²⁶¹

Sob este prisma, é importante a avaliação das mais conhecidas teorias a respeito das justificativas e finalidades das penas, bem como dos seus principais elaboradores e defensores. Cotejadas com as estruturas do delito apresentadas, poderá ser possível eleger

²⁵⁹ Nesse sentido: “*Se a cada mundo circundante correspondem valores e fins últimos próprios, há uma consciência jurídica relativa a cada momento histórico, sendo o direito um instrumento orientador e condicionador da realização in concreto daqueles valores e fins. Pelas mesmas razões, a forma de contraposição aos valores e fins últimos, almejados pelo direito, que para tanto ordena as vontades, configura-se de maneira diversa em cada momento histórico, não sendo exagero dizer que em cada sociedade corresponde um tipo de direito e de crime.*” (REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 16-17).

²⁶⁰ Esta conclusão pode ser extraída de JAKOBS, Günther. **La pena estatal**: significado y finalidad. Tradução Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

²⁶¹ Críticas interessantes em: BERGALLI, Roberto (Coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

aquelas que melhor estruturam a dogmática e, primacialmente, estão mais coadunadas com uma perspectiva democrática e de Direito penal do Delito.

Antes disso, cabem aqui dois esclarecimentos de cunho terminológico. Primeiramente, existem autores que diferenciam o conceito de pena dos respectivos fundamentos e finalidades. FEIJOO SÁNCHEZ, em volumosa obra, confirma que o conceito de pena, enquanto diferencial das demais conseqüências jurídicas do delito, possui uma natureza retributiva. Em que pese esta característica, a tese absoluta não pode ser aceita como apta a legitimar ou estabelecer as finalidades da punição. A faceta retributiva encerraria um aspecto institucional, normativamente neutro, independente da sociedade concreta; estaria no mundo do ser. As questões de legitimação e finalidade, ao contrário, alcançam o nível do dever-ser, isto é, consideram os interesses do grupo social determinado especial e temporalmente.²⁶²

Não parece ser equivocada a percepção de um cunho retributivo na pena.²⁶³ De fato, este traço é marcante em sua história. A dúvida remanesce no questionamento a respeito da capacidade de rendimento desta afirmativa no universo do dever-ser. Na medida em que as finalidades da pena devem orientar o sistema dogmático, a percepção de seu conceito ontológico perde relevância. Isto não quer dizer que não deva ser investigado, mas não constitui um fator primordial para a construção da teoria do delito. Poder-se-iam estabelecer aqui as mesmas críticas feitas por ROXIN ao conceito ontológico de ação, o qual, ainda que continue a apresentar alguma relevância, não é determinante como

²⁶² Esta é a definição de FEIJOO SÁNCHEZ do conceito de pena, o qual se diferencia de sua finalidade ou legitimação: “... la pena es una sanción y, en esa medida, comparte determinadas características con otras sanciones penales o extrapenales, pero lo que identifica como tal es su esencia retributiva. Una teoría que no tenga en cuenta dicho contenido retributivo será una teoría sobre alguna forma de control social, pero no sobre la pena. La pena es un mal impuesto a un autor (sujeto pasivo) como retribución de su hecho. Ello sólo se puede hacer en las sociedades modernas por parte del Estado (sujeto activo) mediante una condena a través de un procedimiento público. Esta estrategia retributiva es una estrategia de supervivencia constante en todos los órdenes sociales o, al menos, en los que adquieren una forma como Estado.” (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y prevención general**: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2007, p. 51). Aparenta um forte idealismo esta divisão que faz o autor entre as teorias da pena propriamente dita e as teorias do controle social. A pena, aplicada pelo Estado como violência programada e institucional, destina-se ao controle social, sem a qual não teria razão de existir. As finalidades na pena, nesse sentido, são integrantes de seu conceito. Uma teoria exclusivamente da pena, sem a dimensão social, ceifaria parte significativa de sua estrutura. O sentido está imbricado no ser, ou seja, a humanização do objeto diferencia-o de sua suposta existência natural.

²⁶³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. *Op. cit.*, p. 11.

categoria prévia para a articulação do Direito. Por meio de uma definição ontológica, a conceituação da pena como violência programada e institucional pode apresentar maior relevância dogmática, será mais incisiva na busca de uma limitação, pelo menos no âmbito de retribuição e proporcionalidade.

Uma outra questão terminológica que comumente se verifica é a distinção entre finalidades e fundamento das penas. Em alguns casos, esta distinção permanece e, em outros, como no funcionalismo normativista, esta divisão está desvanecida. De fato, a linha divisória é significativamente tênue. Enquanto o fundamento estaria disposto a resolver a questão do “Por que punir?”, a finalidade compreenderia a problemática referente ao “Para que punir?”. No primeiro caso, a investigação rodear-se-ia de maior densidade.

Ambos os questionamentos parecem necessitar de uma resposta externa às próprias margens do Direito, do contrário, chegar-se-ia a possíveis circularidades formais. Poder-se-ia dizer que se pune para alcançar determinado fim e, ao mesmo tempo, este fim é o fundamento da punição.

Para evitar este problema, costuma-se salientar que os fundamentos da pena podem ser identificados com os do Direito penal, ou seja, sedimentam-se na necessidade social, na garantia de convivência sob determinadas regras e parâmetros, na proteção de bens jurídicos essenciais. Para além da simples identificação do Direito enquanto ordem coercitiva, é um dado fático e real, sem o qual a sociedade não poderia permanecer em padrões estabelecidos.²⁶⁴ Esta questão, levada à última instância, tem o condão de fundamentar o próprio Direito em geral, com seus respectivos segmentos ou setores diferenciados de valoração.

²⁶⁴ Importa salientar que esta definição, bastante naturalística, do fundamento da pena não pressupõe qualquer forma específica de sua operacionalização. Mais do que isso, ela estabelece um parâmetro de fundamento da sanção em sentido amplo. A sociedade, assim, não pode renunciar da normatividade em geral, ainda que, sob certos padrões, possa claramente abandonar determinadas formas de punir e situações submetidas a esta punibilidade. Nesse sentido: “*Es indiscutible que la justificación de la pena reside en su necesidad. Una sociedad que quisiera renunciar a su poder penal se entregaría a sí misma. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta al conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo de operar la pena, ni su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real.*” (GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal:** introducción. *Op. cit.*, p. 63).

Estes debates não possuem muita influência na questão da finalidade da pena; algo por si mesmo necessário e ontologicamente estabelecido pode servir para muitos fins.²⁶⁵ Dizer que a pena está fundamentada pelo motivo de que todos os povos a tiveram pouco serve ao questionamento das finalidades.²⁶⁶ Ademais, a sociedade, ao precisar do Direito ou da pena, pode empregá-la de muitas maneiras, tendo em vista a própria concepção de Estado que estiver inserida. Sua finalidade pode ser a democratização das oportunidades, a centralização da riqueza, a manutenção da força política em mãos de determinado grupo social etc. Esta é a razão pela qual, no pensamento penal contemporâneo, o problema da pena sempre esteve muito mais centrado na questão dos seus fins, da meta que deve cumprir, do sentido social que é empregado ao ato de castigar.

Não restam dúvidas de que a sociedade precisa ainda da violência da pena e sempre necessitará do Direito. Acontece que, se ela é imprescindível para a sobrevivência social, pode, por princípios, garantir esta sobrevivência com a menor violência possível. Mais ainda, deve integrar um largo projeto de política social, no qual fique restrita às hipóteses em que é merecida e necessária. Há uma perspectiva racionalmente utilitária.

²⁶⁵ FARIA COSTA comenta que os debates a respeito da essência da pena, dentro da perspectiva da filosofia política ou filosofia penal, foram praticamente esquecidos ao longo do século XX. Esta discussão ficou restrita aos penalistas, sendo certo, ademais, que aí foi encontrado um fértil campo para o desenvolvimento de uma postura utilitária, notadamente sistêmico-funcional. Sobre parte do século XX, afirma: “... o estudo da pena criminal ficou entregue à sorte da doutrina e da dogmática penais, manifestando-se um claro divórcio ou alheamento da filosofia política – e até, de certa maneira, da própria filosofia do direito – perante aquele importantíssimo problema.” (COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 210-211).

²⁶⁶ O próprio conceito de pena também não pode ser identificado plenamente com sanção jurídica por meio de uma perspectiva histórica. Como foi analisado, apenas no século XVIII surge a noção de Direito de Punir com sentido mais moderno e, ao mesmo tempo, todas as estratégias de limitação da força. Quando se afirma a existência perene do castigo, não parece ser correto dizer que este mesmo castigo possui a natureza jurídico-penal da linguagem contemporânea. Do mesmo modo, não é razoável dizer que as penas sempre existirão, já que podem ser futuramente substituídas por outros modelos de sanção não jurídico-penais. Os termos, entretanto, podem ser usados de forma menos precisa, como o faz, por exemplo, GARCÍA VALDEZ: “*Se ha dicho, con razón, que la pena tiene una existencia universal, y es exacto; bien en sus expresiones punitivas de venganza privada o de sangre, pérdida de la paz o composición; en su forma proporcional de talión (ojo por ojo y diente por diente), o revestida de las características del castigo estatal, o publica, todos los derechos punitivos conocen y necesitan para la ordenada convivencia (principio de necesidad) la reacción contra el delincuente; aunque no han faltado tesis negadoras y aun abolicionistas del sistema penal, como la de Hulsman en 1982 ('Penas Perdidas')*.” (GARCÍA VALDEZ, Carlos. **Teoría de la pena**. Madrid: Editorial Tecnos, 1987, p. 11).

Para esta análise, essencial um lançar de olhos aos conteúdos que nortearam as teorias absolutas (retributivas) e relativas da pena (preventivas), além das mais contemporâneas teses de unificação (teorias mistas) e funcionalistas.

1.2 Retribuição ou Teoria Absoluta da Pena

A visão retributiva da pena estatal (teoria absoluta da pena) configura a estruturação de um sistema criminal que, quando formatado sob este padrão, visa ao pretérito, ao delito já ocorrido. É uma compensação de culpa, de uma resposta estatal ao mal cometido, de modo a restabelecer a ordem dos valores, tais como devem ser. À culpabilidade, como categoria evolutiva da simples noção de dano, corresponde a pena. Os dois termos são indissolúveis, binários, sempre necessários e proporcionais, de modo com que a afirmação ou negação de um deles importe na mesma polaridade adstrita ao outro.²⁶⁷ A pena não vislumbra nenhum fim socialmente útil, postulando a resposta, a expiação do mal cometido, traduzido juridicamente por um injusto culpável.

A postulação da pena como realização da justiça deriva, como um ponto praticamente pacífico, do idealismo do pensamento alemão do final do século XVIII.²⁶⁸ Ainda que a visão germânica do Direito sempre tenha tradicionalmente uma identificação maior do ordenamento positivo como o verdadeiro objeto da ciência jurídica, a questão é que a maneira de concretizar este mesmo objeto – social ou idealmente – sempre foi alterada ao longo da evolução histórica.²⁶⁹

²⁶⁷ Esta é a posição, por exemplo, de BETTIOL, reafirmando sua vertente retribucionista. “*A culpa traz com ela a pena. Trata-se, na verdade, de dois termos correlativos. Negado o primeiro, também o segundo é negado, e o mesmo acontece quando se querem atribuir à pena funções que tradicionalmente não lhe competem.*” (BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN Editora, 2003, p. 141).

²⁶⁸ Ainda que a pena – enquanto forma histórica de punição – tenha sua origem muito mais remota, a sistematização de um discurso racional justificador, com intensos reflexos na concepção atual, inicia-se a partir da filosofia idealista. Interessante obra sobre a historicidade da punição: FALCÓN Y TELLÁ, María José. FALCÓN Y TELLÁ, Fernando. **Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?**. *Op. cit.*, .

²⁶⁹ Diferenciando a tradição jurídica alemã e italiana em relação ao objeto da ciência do direito, vide: MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. *Op. cit.*, pp. 153-154.

Esta visão absoluta da pena apresenta uma identificação precisa e sofisticada com o filósofo EMMANUEL KANT. Contemporâneo da revolução burguesa e marcado pelos traços de racionalismo e utilitarismo empregados à punição criminal, o pensamento liberal de KANT, ao adotar uma postura transcendental da natureza humana, sempre enxergou com muito receio as teses preventivas, as quais, extremadas, conduziriam ao estágio de instrumentalização do homem para fins sociais. Esta postulação, ao contrário do que pode aparentar, não significa uma crítica pontual do filósofo de Königsberg às dominantes posições iluministas, que expressam, acima de tudo, um diferencial ponto de partida a respeito da própria sociedade em sua elaboração, já que altera a maneira de interpretar os termos e detalhes da composição do contrato social. Ao contrário da perspectiva de ROUSSEAU, LOCKE e BECCARIA, este contrato não pode ser celebrado por um homem empírico, com a condição de oferta de sua liberdade para a convivência dentro da obediência à lei. A fundamentação da pena, assim, não necessitaria de aceitações mútuas, eis que, em KANT, não há uma postura individualista. O fundamento está em seu merecimento, não há aquiescência, mas sim retribuição.²⁷⁰

A liberdade, como elemento configurador da natureza humana, não pode ser ceifada pelo contrato. De acordo com o seu raciocínio, é a celebração de um estado jurídico, com o qual o homem, aí sim, alcança sua liberdade, homenageando-a de modo verdadeiro e profundo.²⁷¹ A liberdade é garantida pelo Estado através da atividade jurídica, possibilitando a convivência e a expressão daquilo que é inato ao homem e ao seu desenvolvimento.

Através deste absoluto conceito de liberdade humana, que serve, indubitavelmente, para aquele que infringe a norma jurídica posta, a pena, ao não poder utilizar o homem como um fim em si mesmo, não deve possuir finalidade alguma, mas sim restabelecer a injustiça celebrada com a prática do delito (justiça retributiva). Para KANT, a sanção deverá retribuir a culpa, jamais podendo visar outros fins como possíveis benefícios à

²⁷⁰ RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, pp. 237-238. O autor faz uma distinção entre teorias da aquiescência e da retribuição, alocando, inclusive, o filósofo HEGEL como adepto da primeira vertente. KANT, por sua vez, identifica-se com a segunda em sentido estrito.

²⁷¹ SOIARI, Gioele. **Formazione storica e filosofica dello stato moderno**. Torino: Ed. Giappichelli, 1962, p. 100.

sociedade ou ao próprio delinqüente. Com relação à punição, como resultado do imperativo categórico, deve ser aplicada ao culpado “... *pela única razão de que delinqüiu.*”²⁷²

Por intermédio deste posicionamento, a pena, idealmente concebida, sempre estará pautada pela noção de proporcionalidade, ainda que a chamada Lei de talião não possa ser concretizada em sua precisa medida de correspondência entre crime e punição. Tal fato deriva da natureza tantas vezes distinta, e não desprezada pelo autor, entre a consequência do crime e a expressão da pena. Por óbvio que a honra do ofendido não pode ser equivalente, em termos exatos, com a restrição patrimonial do ofensor, devendo a proporcionalidade ser garantida por equiparação e, quiçá, certa dose de simbolismo. No tocante ao homicídio, KANT é taxativo ao assinalar que nenhuma punição, a não ser a morte, respeitaria a igualdade entre delito e resposta estatal, cunhando, aqui, a célebre e exaustivamente citada passagem da ilha, da dissolução social e do condenado.²⁷³

²⁷² Textualmente: “A pena jurídica (*poena forensis*), que difere da pena natural (*poena naturalis*), pela qual o vício leva em si seu próprio castigo e à qual o legislador não olha sob nenhum aspecto, não pode nunca ser usada como um simples meio de se obter um outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade; deve, sim, ser sempre contra o culpado pela única razão de que delinqüiu; porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real; sua personalidade inata o garante contra tal ultraje, mesmo quando possa ser condenado a perder a personalidade civil. O malfeitor deve ser julgado digno de punição antes que se tenha pensado em extrair de sua pena alguma utilidade para ele ou para seus concidadãos. A lei penal é um imperativo categórico...” (KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Tradução Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 176). A tradução ora citada leva o nome de “Doutrina do Direito”, denominação esta que veio a lume em 1797, como primeira parte da então inédita “Metafísica dos Costumes”. Este posicionamento de KANT como partidário de uma teoria retributiva absoluta é defendido pela grande maioria da doutrina. Entretanto, não é unânime. Demonstrativo desta suposta falsidade histórica é o trecho extraído de artigo de SCHÖNE: “*Si ustedes me siguen en este presupuesto de que tenemos que justificar las penas, entonces la primera pregunta sería: ¿podemos justificar las penas con la idea de retribución?, es decir, pagar con una pena? Normalmente en este caso se cita a un filósofo Alemán, que es KANT, con su famoso ejemplo de la isla, de que hay que ahorcar al último que sale antes de disolverse la sociedad: pero la información es incompleta. Existe un carteo entre KANT y un alumno, un estudiante de derecho, quien le dice: ‘maestro, ¿es realmente su idea de que tenemos que ahorcar al último individuo para salvar...?’ y KANT le responde: ‘claro que no; usted no ha leído bien, pues este ejemplo pertenece a un capítulo donde yo hablo de la justicia divina, de las condiciones de la justicia divina’. Pero ‘si hablamos de la justicia aquí en el mundo terrenal, entonces tenemos otro criterio... aquí rige la sabiduría del gobernante: se aplica la pena solamente según el criterio de la sabiduría del gobernante’. Con lo cual, es históricamente falsa la afirmación de que KANT sea partidario absoluto de la teoría retribucionista.*” (SCHÖNE, Wolfgang. El futuro sistema de sanciones. *Op. cit.*, p. 503).

²⁷³ O tradicional exemplo kantiano é escrito da seguinte maneira: “O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça.” (KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. *Op. cit.*, pp. 178-179). RADBRUCH faz aqui uma interessante ponderação: “De um modo completamente inesperado, surge aqui o

Um outro pensamento atrelado ao idealismo alemão, posterior a KANT e de grande importância para a visão absoluta da pena, é aquele do filósofo GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL. Parte este pensador da premissa de ser o Direito um mecanismo de coação, eis que se dirige contra a violência exercida sobre a liberdade, refletida em algo exterior. Assevera HEGEL que a liberdade, como tal, é realizada em algo exterior, submetendo-se este último à imposição da força e do sacrifício.

Neste sentido, a posse de algo pelo homem permite que este domine o objeto exterior possuído, atribuindo a esta relação uma existência positiva. Na medida em que a pessoa – na condição de ser vivo – possui uma existência exterior que deve ser pautada pela noção de liberdade, esta mesma liberdade é capaz de ser suprimida por um ato de violência ilegítimo, sendo característica do fenômeno jurídico a resposta do mesmo modo violenta. A pena, nesse particular, deve suprimir a agressão sob um parâmetro conceitual e abstrato.²⁷⁴ O crime, ao lesar concretamente a liberdade, conduz ao juízo negativo em todo o seu sentido.²⁷⁵

Através das agressões concretas, resultados da violência, o pensamento hegeliano permite a adoção de uma proporcionalidade entre crime e pena a ser estudado. Não se trata, para HEGEL, de identificar o crime como um mal, pois, se assim o fosse, por certo a pena não teria sentido como um outro mal que apenas se adicionaria ao anterior. O que se coloca é a questão da justiça, uma vez que o delito é a violação do Direito, devendo, nestes termos, ser resolvido.²⁷⁶ A pena também é um direito do criminoso, imbricada em sua vontade e em seu ato como ser racional. Constitui-se absolutamente justa e proporcional para negar a

‘povo’, não como uma soma de indivíduos, mas como o portador de um valor supra-individualista próprio que sobrevive aos valores individuais de cada um.” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. *Op. cit.*, p. 238).

²⁷⁴ A postulação dialética de HEGEL, coloca-se da seguinte maneira: “*O princípio de que toda a violência destrói a si mesma possui a sua real manifestação no fato de uma violência se anular com outra violência. É assim que se torna jurídica, de maneira não só relativa, quando se dão tais e tais condições, mas necessária, quando é aquela segunda violência que suprime a primeira.*” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 84).

²⁷⁵ *Ib.* p. 85.

²⁷⁶ Interessante que HEGEL, como um autor já do século XIX, nega a idéia do Estado como fruto do contrato social, o que era admitido por KANT ainda que com forte diferenciação do pensamento iluminista tradicional. O Estado em HEGEL é uma realidade superior, mais elevada, não admitindo o filósofo a simples transposição de caracteres da propriedade privada para este terreno. Vide: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, p. 72.

violação da norma (teoria da aquiescência);²⁷⁷ a pena é a negação da negação, e esta é a sua substância.²⁷⁸

A pena cumpre, neste traçado, duas metas: uma externa e outra interna. Do ponto de vista interno, aparece como confirmação simbólica do ordenamento, assemelhando-se, em muito, com a visão postulada por WELZEL e pelo funcionalismo de JAKOBS: é a consequência do movimento efetuado pelo próprio Direito. Do ponto de vista externo, ela surge como elementar à manutenção da identidade social, na medida em que demonstra a validade da norma e orienta o próprio comportamento.²⁷⁹

Interessante, ao que parece, é que o filósofo, ao contrário da tese de KANT a respeito da negação absoluta de qualquer fim para a punição, chega até a admiti-la, desde que o problema da justiça da sanção já esteja superado.²⁸⁰ Sob certo aspecto, a pena pode apresentar uma visão corretiva ou de intimidação, mas tão-somente após a resolução do problema da proporcionalidade e do justo castigo. Se a pena fosse esgotada em suas funções preventivas, não se estaria juridicamente a suprimir a violência primeira, ou seja, o Direito não

²⁷⁷ No pensamento de HEGEL, a idéia de liberdade é exatamente o terceiro termo (*tertium comparaciones*), o qual permite garantir uma proporcionalidade simbólica entre o delito e a pena. Como o delito é apenas um equivalente ideal à pena, uma vez que materialmente os conceitos são de difícil comparação, a liberdade permite conceitualmente um denominador comum. Nesse sentido: “*Él ámbito de la libertad que el autor a través del del hecho delictivo se arrogó y restringió a la víctima se ve compensado con la imposición de una pena proporcional a la medida de la arrogación de la libertad del autor a la víctima. Las reglas utilizadas en ese momento por el juez para la determinación de la restricción de libertad que hay que imponerle al autor, entendida, repito, aquí también en sentido abstracto, se apoyan pues en la gravedad de la restricción de la libertad que el autor a su vez infringió a la víctima.*” (GONZÁLES-RIVERO, Pilar. El fundamento de las penas y las medidas de seguridad. *Op. cit.*, p. 67).

²⁷⁸ De acordo com a textualidade do autor: “*Tal aspecto do conceito é, precisamente, aquela necessária ligação que faz com que o crime, como vontade em si negativa, implique em sua mesma negação que se exprime como pena.*” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, p. 91).

²⁷⁹ Estas colocações são feitas por LESH, o qual também deixa bastante evidente a postura da aquiescência da pena pelo criminoso. Quando do cometimento do crime o delinquento impõe a sua própria “lei”, possibilitando uma reação que a negue em benefício daquela da comunidade. A pena em HEGEL não supera assim o fato concreto, mas o delito enquanto lesão pela sua própria existência. “*HEGEL se orienta a diferencia de KANT – en el principio de un talión que compense los valores:... esta identidad basada en el concepto no es empero una igualdad en las características específicas de la lesión, sino en las características existentes en sí – en su valor.*” (LESH, Heiko Hartmut. **La función de la pena**. Tradução Javier Sánchez-Vera Gomes-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 36-37).

²⁸⁰ “*As diversas considerações referentes à pena como fenômeno, à influencia que exerce sobre a consciência particular e aos efeitos que tem na representação (intimidação, correção, etc.) ocupam o lugar próprio, até mesmo o primeiro lugar desde que se trate da modalidade da pena, mas têm de supor resolvida a questão de se a pena é justa em si e para si.*” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, pp. 88-89).

se reencontraria em sua própria violação.²⁸¹ Além disso, o homem jamais seria dignificado como ser racional, seria tratado unicamente como um animal perigoso através de uma lógica de contenção.²⁸²

Estas concepções, cunhadas pelo viés liberal e pautadas pelo livre-arbítrio,²⁸³ estabeleceram os traços principais, até hoje adotados, da chamada teoria absoluta da pena.²⁸⁴ Finalidades materiais e mundanas da punição, estranhas à justiça, ora são negadas (KANT), ora desprezadas (HEGEL), devendo a sanção penal, essencialmente e do ponto de vista dogmático, responder de modo proporcional à culpa do delinquente. Impõe-se um critério único de determinação da pena.

Esta diferenciação potencial entre os filósofos em face das idéias estranhas à mera retribuição será recuperada posteriormente, com maior apreciação social, pelos novos adeptos da visão retributiva. Estes conseguem perceber, já no final do século XIX, os fortes influxos originados pelo empirismo e pela escola da defesa social. As teses de prevenção especial, como as postulações da escola antropológica italiana inaugurada por LOMBROSO, ou a visão político-criminal de VON LISZT, farão, tantas vezes, que se questione a respeito da relação jurídica necessária entre culpa e pena, certamente a maior

²⁸¹ ROXIN salienta que, ao contrário de KANT, HEGEL assume uma postura de maior enfoque jurídico: “Materialmente se distingue de KANT sobre todo en que el principio de Talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia de delito y pena, y en esta forma se ha impuesto la teoría de la retribución durante los siguientes 150 años.” (ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**: Fundamentos. *Op. cit.*, p. 83).

²⁸² Assim, como o exemplo da ilha e do condenado de KANT, também é comumente citada pelos autores, quando da análise dos fins da pena, a passagem retributiva de HEGEL: “Considerando-se assim que a pena contém o seu direito, dignifica-se o criminoso como ser racional. Tal dignificação não existirá se o conceito e a extensão da pena não forem determinados pela natureza do ato criminoso, o que também acontece quando ele é considerado como um animal perigoso que se tenta intimidar ou corrigir ou que é preciso suprimir.” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, p. 90).

²⁸³ A crítica ao conceito de livre-arbítrio também é feita na doutrina brasileira, principalmente no tocante ao modelo de culpabilidade apto a fundamentar as teses retributivas: “Por outro lado, não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade - e presente em fórmulas famosas como, por exemplo, o poder agir de outro modo de WELZEL, ou a falha de motivação jurídica de JAKOBS, ou mesmo a moderna dirigibilidade normativa de ROXIN -, não admite prova empírica. Assim, a pena como retribuição do crime se fundamenta num dado indemonstrável: o mito de liberdade pressuposto na culpabilidade do autor.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 6).

²⁸⁴ “Se denominó a esta concepción ‘teoría absoluta’ porque agota el fin de la pena en la retribución, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia, y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del derecho. La pena niega (aniquila) el delito, restableciendo así el derecho lesionado.” (RIGHI, Estaban. **Teoría de la pena**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001, p. 19).

conquista do idealismo alemão. Em face do embate entre as visões preventivas e retributivas, autores como BELING insistirão na visão retributiva, absolutamente redimensionada se cotejada com as construções de KANT e HEGEL. Para BELING, a retribuição não deverá ser feita em termos idealistas puros, mas baseada na legitimação em “... *princípios político-realistas adequados*.”²⁸⁵

A pena, assim, jamais teria perdido sua natureza retributiva, devendo, inclusive, sempre significar um sentimento de desagrado para o condenado. De acordo com BELING, ocorre um aperfeiçoamento histórico, na medida em que, ao ser objetivada a punição, substitui as incipientes idéias de vingança instintiva e apaixonada.²⁸⁶ A visão de retribuição, aliás, chega a ser para o autor uma faculdade cujo Estado não pode abrir mão, mormente em razão da constante necessidade de sua auto-afirmação perante a noção dominante de autoridade presente no povo. No sentido da reafirmação dos valores lesados (em configuração mais próxima a HEGEL do que a KANT) está sediada a postura de MERKEL, para quem o valor da pena será o mesmo do valor da norma violada.²⁸⁷ Daí perceber-se a tendente relação entre o conceito de norma penal valorativa e o ideário retributivo.²⁸⁸

A defesa da visão retributiva da pena não é um privilégio de autores que vivenciaram o caldo de cultura inerente à época da Escola Clássica, mais ainda, reverbera-se nos autores que seguem esta tradição, fundamentalmente no tocante ao conceito de livre-arbítrio. No primeiro caso, mencionam-se autores como CARRARA²⁸⁹ e no segundo, inegável

²⁸⁵ Demonstrando sua preocupação com a exacerbação da postura preventiva e desejando, inclusive, uma regulamentação jurídica das medidas de segurança, pondera o autor: “*Essa concepção político-realista (social-utilitária) correspondeu, em princípio, às teorias assecurativas que, desse modo, contrapuseram-se às teorias absolutas da retribuição, como ‘teorias relativas’*. Mas elas cometeram o erro (prescindindo de que as medidas de segurança não são penas) de não saber vincular a idéia de finalidade com a justa retribuição.” (BELING, Ernst Von. **A ação punível e a pena**. Tradução Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007, p. 84).

²⁸⁶ A pena, como sentimento de desagrado que deve impor ao condenado, cumpre inclusive a tarefa de transferir ao Direito Civil, e a algumas modalidades penais de natureza pecuniária, todas as questões atinentes à indenização da vítima pelo dano sofrido, vide: BELING, Ernst Von. *Op. cit.*, p. 87.

²⁸⁷ MERKEL, Adolf. *Op. cit.*, p. 183.

²⁸⁸ GARCIA-PABLOS, Antonio. *Op. cit.*, p. 196.

²⁸⁹ O postulado do livre-arbítrio é um princípio apriorístico para CARRARA, derivando daí várias de suas conseqüências sistemáticas: “*Outro de los axiomas de los cuales partía CARRARA como indubitavelmente verdadero, era el del libre albedrío. Este principio lo coloca como fundamento de la responsabilidad penal aunque no lo demuestra ya que, dice, ‘no me ocupo en cuestiones filosóficas, por lo cual propongo aceptada la doctrina del libre albedrío’*. Aquí podemos ver de manera clara su proceder en tanto que imbuido en la forma racionalista: la suposición de principios o axiomas indiscutidos a partir de los cuales se razonaba y se llegaba a

é a visão absoluta do pensamento de WELZEL, especificamente no que diz respeito à finalidade, legitimidade e forma da punição.²⁹⁰

Atualmente, sob a vigência de um Estado Democrático de Direito, não parece ser razoável a aceitação de uma perspectiva exclusivamente retributiva da pena, uma vez que sua racionalidade é abstrata, no sentido de realizar um ideal de justiça ou de recompor o Direito enquanto sistema normativo abalado. Isto não leva a crer que a visão retributiva não traga benefícios para um sistema penal moderno. Sua vinculação estrita ao princípio da proporcionalidade entre crime e pena é, sem dúvida, uma conquista essencial para a limitação do poder de punir do Estado (justiça distributiva).

Todavia, se isto é correto ao impedir que a pena fique acima da justa retribuição, não o é quando nega, diante da visão metafísica do justo, que ela possa ser determinada em parâmetros menores por razões de índole preventiva. O certo é dizer que a pena não ultrapasse a proporção do crime, além de, por medidas político-criminais, poder ser estabelecida em margens inferiores ou, até, deixar de ser aplicada. Daí o motivo da refutação a uma visão retributiva pura, capaz de gerar a punição sem qualquer finalidade social. No sistema de delito aqui adotado, não é negada uma perspectiva retributiva no conceito de merecimento e necessidade. A proporcionalidade, respeitada tanto no âmbito da antijuridicidade (norma de conduta) quanto no da culpabilidade (norma de sanção), é um referencial teórico máximo. A concretização do Direito terá como parâmetro especialmente os fins preventivos adequados para as respectivas etapas de valoração político-criminais.

Mais ainda, adotar integralmente a justificação retributiva para a pena dificulta a discussão a respeito do conteúdo da norma primária (conceito material de injusto). A justa retribuição não funciona como um limitador eficaz do procedimento de

consecuencias de manera lógica.” (AGUDELO BETANCUR, Nódier. **El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara**. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 91).

²⁹⁰ Bastante significativo é o traçado histórico feito por BUSTOS RAMÍREZ ao assinalar que: “*Así, para CARRARA, la pena solo tiene un fin en sí misma, que no es otro que el restablecimiento del orden externo de la sociedad; formulación, pues, muy semejante a la de HEGEL... Para WELZEL la pena aparece presidida por el postulado de la retribución justa, esto es, de que ‘cada uno sufra lo que sus hechos valen’. Se trata, pues, de un mal que se impone al sujeto culpable.*” (BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. Op. cit., pp. 66-67).

criminalização, sua mera formalidade permite que qualquer comportamento humano seja, em tese, retribuído.²⁹¹ Se a pena não possui alguma meta que possa ser palpável, não há espaço para evitar a criminalização desta ou daquela conduta sob o argumento da desnecessidade ou inutilidade da sanção penal. A visão preventiva apresenta, neste aspecto, um rendimento mais significativo.

Além disso, a pena retributiva, no cerne de um Estado social e democrático, não parece cumprir uma missão de política criminal ou, nos dizeres de BUSTOS RAMÍREZ, de “... *política social*...”²⁹² de garantia dos cidadãos e de seus bens jurídicos. A transformação do sistema penal em um modelo cognitivamente aberto e interdisciplinar não permite o exaurimento da sanção em si mesma. Deve-se buscar uma regulação ativa da vida em comunidade, a qual saliente a vinculação²⁹³ da pena com um fim socialmente útil. Mais ainda, os fins da pena devem possuir a função de limitação da abrangência criminal e, em consequência, do aumento de suas específicas zonas de indiferença.

De todo o modo, para a perfeita compreensão do que se quer dizer, mister se faz uma abordagem, nos mesmos padrões, de algumas das teses que orientam o ideário da pena como instituto de prevenção (teses relativas da sanção penal).

1.3 Prevenção Geral Negativa e Prevenção Especial

Ao contrário da visão da pena postulada pela corrente absoluta, na qual a punição penal está desvinculada de qualquer fim socialmente útil e constatável, a vertente

²⁹¹ ROXIN realiza três críticas às formulações da teoria absoluta. Além de afirmar a indemonstrabilidade do livre-arbítrio e apontar a retribuição como *ato de fé*, o autor ressalta que a teoria não consegue justificar quais são os comportamentos passíveis de pena, ou seja, apresenta um forte problema de limitação do conteúdo do injusto. Nesse sentido: “*Queda sin resolver la cuestión decisiva, a saber, bajo que presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar. Así pues, la teoría de la retribución fracasa ante la tarea de trazar un límite, en cuanto al contenido, a la potestad penal estatal. No impide que se incluya en el Código penal cualquier conducta y, si se dan los criterios generales de imputación, efectivamente se la castigue; en tanto en cuanto, da un cheque en blanco al legislador.*” (ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. *Op. cit.*, p. 13).

²⁹² Esta refutação ao conceito de pena, utilizando como padrão a Constituição Espanhola e a respectiva necessidade de atendimento a uma política social é feita por: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal y dogmática. In: **El poder penal del estado**: homenaje a Hilde Kaufmann. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985, p. 125.

²⁹³ A própria utilização da expressão “absoluta” significa o caráter “independente, desvinculado” da pena. Nesse sentido, ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**: Fundamentos. *Op. cit.*, p. 82.

relativa defende a necessária referência punitiva a uma determinada meta a ser alcançada, isto é, evitar novos e futuros delitos.²⁹⁴ Assim, as chamadas teorias relativas apreendem o passado na medida em que este pode, através da sanção penal, compreender uma estratégia jurídica que impeça a repetição da criminalidade por meio da repetição (programação ou institucionalização) da pena. Genericamente, esta instrumentalização punitiva apresenta dois tipos de interlocutores, isolada ou cumulativamente: a própria sociedade e o indivíduo já protagonista de uma conduta desviada. O maior relevo na primeira situação denomina-se prevenção geral e na segunda, prevenção especial.²⁹⁵

A postulação da pena como instrumento preventivo da sociedade certamente confunde-se com a própria idéia vulgar que se tem da punição, isto é, punir para que não retorne o delito. Não é sem razão que um significativo grupo de expoentes do Iluminismo, mesmo movimento racional que também propiciou o caldo de cultura para a elaboração filosófica da retribuição, tenha formulado as premissas elementares do ideário preventivo. Visões negativas da prevenção geral (intimidação), especial (neutralização) e de ressocialização sempre pulularam na recente história do Direito penal liberal, pautado no viés metódico do livre-arbítrio e da racionalidade.

Os mecanismos utilizados para a prevenção de delitos, em que pesem as diversas vertentes que serão analisadas dentro dos limites necessários a este trabalho, apontam duas maneiras de operacionalização desta finalidade. Em primeiro lugar, utiliza-se o Direito como mecanismo de coerção ou coibição. Ao se utilizar de uma expressão mais recente, poder-se-ia dizer da capacidade persuasiva do Estado, produzida pela maior ou menor potência que possui de fazer valer o Direito positivo, suas leis e determinações. Nesse sentido, a existência do comando penal como produto legislativo, na medida em que, por si só, já significa uma restrição à liberdade individual (ameaça de pena), impõe uma tendência social à

²⁹⁴ Esta consideração, para FERRAJOLI, proporciona ao utilitarismo uma possibilidade de limitação do poder punitivo, atributo este não existente na tese retributiva. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. Tradução Ana Paula Zomer Sica e col. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 241.

²⁹⁵ Esta dúplici faceta da prevenção já era feita por BENTHAN: “*O perigo imediato vem do criminoso; este é o primeiro objeto, a que se deve acudir, mas ainda resta o perigo de que outro qualquer, com os mesmos motivos e com a mesma facilidade, venha a fazer o mesmo. Sendo isto assim, há dois modos de atalhar o perigo: um particular que se aplica ao réu; e outro geral que se aplica a todos os membros da sociedade sem exceção.*” (BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Leme-SP: Edijur, 2002, p. 23).

obediência da norma, seja por motivos de afirmação de valores jurídicos, sociais, morais, seja por razões pragmáticas que conduzem o cidadão a se abster da infração do dever.

Ao lado deste instrumento persuasivo, entendido como a existência legal da determinação, situa-se a efetiva utilização da pena, a constrição da liberdade de certo cidadão, constringendo-o a permanecer recluso, dispor de parte de seu patrimônio, executar tarefas ou se abster de outras de forma nada espontânea. Este segundo momento, satisfeito pela fixação judicial e execução da pena, também deve ser articulado com as finalidades preventivas orientadoras da sanção penal. Percebe-se que a mera ameaça legislativa tende a salientar a idéia geral da prevenção, tendo em vista a própria característica *erga omnes* da produção legiferante do Estado contemporâneo. Por outro lado, a utilização dirigida da violência ao caso concreto, sua efetivação, permite uma percepção dupla da prevenção, motivo pelo qual pode ser visualizada em face do condenado ou executado (prevenção especial), bem como dos reflexos que produz em toda a sociedade ao reafirmar a vigência do imperativo jurídico violado (prevenção geral). Surge daí um problema que não é tão profundo dentro de uma visão retributiva, qual seja, “... *a medida e a determinação da pena...*”²⁹⁶ vinculadas mais diretamente às normas primárias (merecimento) e secundárias (necessidade), respectivamente.

Em face destas constatações, podem ser percebidos dois pontos comuns em boa parte dos autores que postulam uma visão preventiva da pena, sempre com a devida ressalva da diferente verticalidade dos argumentos e dos períodos históricos que escrevem. Ao se pensar em teorias preventivas, necessariamente estão conglobados ao menos três séculos de elaborações, considerando que a pena, tão-somente com o Iluminismo, abandonou seu traçado de mero fato social observável para alcançar sua grandeza de normatividade jurídica. Com esta transformação, a resposta penal passou a ser compreendida como um direito-dever do Estado, necessitado de justificações e finalidades supostamente demonstráveis.

²⁹⁶ Nesse sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 545 e ss.

Como dito, dois são os traços comuns. Os autores, que enxergam na punição um atributo preventivo, admitem tanto a prevenção geral quanto especial. A diferença entre eles estará na tonalidade conferida à importância de cada um destes objetivos e suas facetas positivas ou negativas. Penalistas que defendem a prevenção especial como finalidade última da pena em absoluto renegam os efeitos secundários de cunho preventivo-geral (VON LISZT). Aqueles que vêem na pena algum privilégio preventivo-geral tentam adequá-la para, ao menos na execução penal, alcançar algum grau especial de contenção de novos delitos (ROXIN).²⁹⁷ Diante desta realidade de graduação diferenciada entre as violências consistentes na ameaça e na aplicação da pena, os pensadores buscam ofertar preponderância a uma ou outra, sem descartar, no mais das vezes, os diversos efeitos de cada uma destas etapas. De certo modo, estão reproduzidos os dois momentos de valoração político-criminal da teoria do delito, ou seja, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Esta consideração conduz ao segundo fator importante das teses preventivas, as quais, ao serem almejadas, proporcionaram todo um estudo, até então desprezado, para o problema concreto da medida e determinação da pena. O pensamento retributivo, na proporção que entendia a pena em função do crime, jamais se preocupou com as intencionalidades estatais colimadas aos procedimentos legislativos, judiciais e executórios. Na medida em que a pena somente consubstancia uma resposta proporcional ao delito, de fato não parece haver lógica, dentro de um ideário retributivo puro, na diferenciação da finalidade a ser buscada com cada uma destas etapas. Afinal, o legislador, o juiz e a administração executiva, cada um ao seu tempo, procurariam responder ao mal do crime com o desagrado da sanção. Explica-se, assim, a célebre crítica feita por CARRARA aos defensores de um direito preventivo, visto que, para tal autor, haveria uma completa incoerência em atribuir norteamientos diversos a cada uma das fases jurídicas de concretização da sanção penal.

Conhecido por suas assertivas de cunho preventivo, foi o pensamento alemão de FEUERBACH, autor da consagrada lapidação da teoria da coação psicológica, exemplo de modelo preventivo-geral negativo. A pena, para ele, tem como finalidade principal afastar todos da prática do crime mediante a sua ameaça. Ao lado disso, cumpre missões de

²⁹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**: Fundamentos. *Op. cit.*, pp. 95 e ss.

intimidar perante a aflição punitiva, de garantir a segurança do Estado diante dos condenados e de proporcionar o aperfeiçoamento jurídico do apenado.²⁹⁸ A idéia que surge aqui exprime valor positivo ao espetáculo da punição, ainda que o autor considere princípios da Ilustração,²⁹⁹ como: a pessoalidade da pena, a proporcionalidade, a legalidade e a demarcação judicial da imposição sancionatória.³⁰⁰

Trata-se, assim, de um exemplar modelo de prevenção geral, sempre lastreado no entendimento do ser humano como racional e, em certo aspecto, determinado por impulsos de satisfação pelo cometimento do ilícito. A pena, nesta premissa, deve funcionar como um estímulo contrário à natural tendência de cometimento do ilícito. Constitui um desagrado, um desconforto mais incisivo e certo do que a sensação satisfatória da violação da norma penal.³⁰¹ Percebe-se que, apesar de FEUERBACH ter se tornado consagrado pela chamada coação psicológica, o autor não despreza, dentro de um espaço secundário de sua elaboração teórica, o aperfeiçoamento jurídico do apenado, isto é, aceita uma postura de nítido caráter preventivo-especial. Ainda que os requintes de cientificidade da prevenção especial tenham sido aprimorados com mais sofisticação na segunda metade do século XIX, seja com VON LISZT ou com a escola antropológica italiana, o fato é que ela já aparece, de forma incipiente, nos clássicos liberais e racionais.

²⁹⁸ Nas palavras exatas do autor: “*Toda pena tiene como objetivo principal y necesario el de apartar a todos del crimen mediante su amenaza. No obstante, un mal penalmente conminado será más adecuado a su objeto cuanto más idóneo sea para alcanzar mayores y más importantes objetivos paralelos. Estos posibles objetivos paralelos son: 1) La intimidación directa mediante el espectáculo de infligir la pena; 2) La seguridad del Estado frente a los criminales penados; 3) El mejoramiento jurídico del penado.*” (VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de derecho penal**. Tradução Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 125).

²⁹⁹ Os pressupostos constituintes do pensamento Iluminista conduzem à idéia de defesa ou tutela dos cidadãos, em suma, de defesa social: “*No direito penal este nexo entre utilitarismo, contratualismo, convencionalismo e racionalismo se revela na fundação das proibições e das penas enquanto ‘instrumentos’ de tutela dos cidadãos.*” (FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 241).

³⁰⁰ ROXIN faz as seguintes críticas gerais ao pensamento da prevenção geral negativa: “*Ni puede fundamentar el ius puniendi estatal en sus presupuestos ni limitarlo en sus consecuencias; es discutible políticocriminalmente y carece de legitimación que concuerde con los fundamentos del ordenamiento jurídico.*” (ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. *Op. cit.*, p. 19). Dito de outro modo, para o autor, esta teoria não justifica materialmente os fatos que deve evitar por meio da intimidação, não comprova a real existência deste efeito de intimidação, tende a penas excessivamente altas e, por fim, promove a instrumentalização do homem.

³⁰¹ Esta consideração racional e determinista do pensamento de FEUERBACH é feita por ROXIN, para quem: “*... había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una ‘coacción psíquica’ para abstenerse de la comisión del hecho.*” (ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general: Fundamentos**. *Op. cit.*, p. 90).

BECCARIA, igualmente, em sua obra de combate ao Antigo Regime e às suas peculiares penais cruéis e infamantes, já deixa claríssima a impossibilidade da pena em desfazer o mal do crime. As conseqüências sensíveis dos delitos, enquanto violações jurídicas, são irreparáveis. A pena não pode, por esta razão, ser considerada nos padrões então vigentes, de mera aflição de tormentos e dores. Deve-se mirar o futuro, com a adoção de medidas de cunho preventivo, evitando que o condenado repita tal atitude e que os demais cidadãos o tenham como exemplo de violação.³⁰² Em 1764, é registrado o início da assunção, pela ciência política e do Direito, da simultaneidade das teses preventivo-geral e especial.

Dois aspectos do discurso de BECCARIA, com pequenas nuances, são plenamente identificáveis com o de FEUERBACH. Em primeiro lugar, o discurso pleno do livre-arbítrio, que apresenta crucial importância para toda a construção teórica do retributivismo idealista, aqui se complementa pela noção de liberdade, dotando o homem de sua maior conquista ilustrada: a racionalidade e o cálculo.³⁰³ Os mesmos atributos, que lhe possibilitaram sua emancipação das trevas e das crenças, justificam sua capacidade de ser punido. A pena funciona como um fator externo no cálculo de custo-benefício, de modo a significar um provável desconforto maior do que em relação à possível satisfação obtida com o crime (associação mental e projetiva entre crime e pena). Disso resulta a constante preocupação dos clássicos com a **certeza** da punição, hoje tão comumente citada e recuperada por pensamentos como o individualismo metodológico.

Não se pode deixar de mencionar, talvez por expressar o pensamento mais específico às penas e bem-acabado deste período, a teorização feita por BENTHAN. Toda a construção do autor parte da premissa fundamental e severamente crítica em relação à

³⁰² “O fim, portanto, não é outro que o de impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo. Aquelas penas, portanto, e aquele método de infligi-las, deve ser eleito de tal forma que, observada a proporção, causará uma impressão mais eficaz e mais durável sobre os ânimos dos homens, e a menos tormentosa sobre o corpo do réu.” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 57).

³⁰³ Esta liberdade é aquela de natureza político-filosófica, resultando da elaboração lógica de BECCARIA. “... a fundamentação da pena no ambiente filosófico em que germinou o direito penal clássico pressupunha certo grau de racionalidade mental e capacidade de cálculo do indivíduo. Foi com essa concepção de ‘ser humano livre’ que Beccaria formulou sua filosofia do direito penal...” (QUEIROZ, Rafael Maffei Rabelo. **A modernização do direito penal brasileiro**: sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil, 1924-1940. São Paulo: Quartier Latin, 2007).

irracionalidade da punição cunhada em termos absolutos. Defensor extremado do utilitarismo, não encontra qualquer respaldo teórico na concepção do autor a idéia da pena como mal adicionado ao mal do crime; a sanção deve conter como objetivo a prevenção e, dentro do possível, a reparação do dano já ocasionado. Reflexo de sua constatação é a célebre frase: considerando o delito que passou na razão de único fato isolado, que não torna a aparecer, a pena teria sido inútil. Eis aí a função de defesa social, de garantia do todo.³⁰⁴ Assim sendo, a tarefa de proteção social será engendrada por uma punição que reúna três objetivos, variáveis conforme a circunstância concreta: a inabilitação, a reforma e o acanhamento do criminoso.

Estes objetivos a serem alcançados, assim como em FEUERBACH e em BECCARIA, sustentam o caráter eclético da prevenção nos autores clássicos. BENTHAN, ainda sem a definição hoje em dia usual, já demarcava a interpenetração e a necessidade de prevenção geral negativa (acanhamento), prevenção especial positiva (reforma) e prevenção especial negativa (inabilitação). De igual forma, esta diversidade de objetivos também aponta para as duas afirmativas acima realizadas. Por um lado, a importância de diferenciar as fases de ingerência estatal na busca de seus respectivos desideratos e, por outro, a preocupação a respeito da despesa e medida da pena, uma vez que não poderia ser permitido, sob pena de se esvaírem os avanços racionais da época, a ilimitada e desenfreada perseguição do Estado em desfavor dos particulares.³⁰⁵

A preocupação de BENTHAN, como critério e medida da pena, é sua despesa, palavra com a qual quer transmitir a noção de economia e parcimônia. Com terminologia atual, a pena deve alcançar a máxima eficiência preventiva, com o mínimo sofrimento para o condenado. Ela possui uma realidade própria, de desagrado, de privação. O conjunto deste mal experimentado pelo condenado é o seu valor real ou verdadeiro. Contudo,

³⁰⁴ O contexto integral da frase aponta claramente a conclusão afirmada: “*O castigo em que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido, se infelizmente incorresse no mesmo crime. Considerando o delito que passou na razão de fato isolado, que não torna a aparecer, a pena teria sido inútil; seria ajuntar um mal a outro mal; mas quando se observa que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu, mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se abalançarem ao crime, logo se conhece que a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo...*” (BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Leme-SP: Edijur, 2002, pp. 23-24).

³⁰⁵ Não é à-toa a preocupação do autor em enumerar uma série de critérios para a fixação da pena, garantindo-se um mínimo de proporcionalidade. Coloca-se aqui uma forma de justiça distributiva, cujo marco de avaliação é a prevenção do delito. BENTHAN, Jeremy. *Ib.*, pp. 27-33.

o mais importante das sanções, seu valor essencial, não é o real, mas sim o aparente, ou seja, “... *que se pode oferecer à imaginação dos homens, quando a pena se descreve simplesmente, ou quando eles a vêem executar.*”³⁰⁶ Por meio do cotejo entre o valor verdadeiro e o aparente espelha-se a economia da pena. Assim, o ideal punitivo é aquele que reúne, conforme frisado, o menor valor verdadeiro ao mesmo tempo do maior valor aparente.

Esta fórmula utilitarista recebeu, ao longo dos tempos, as mais severas críticas, tanto pelos paradigmas retributivo, quanto democrático ou mesmo dogmático. A tese de BENTHAN, por exemplo, coloca-se diametralmente oposta àquela formulada pelo idealismo clássico, sempre reticente em aceitar a instrumentalização do homem, ainda que para a suposta obtenção de benefícios sociais. Além disso, a busca pelo valor aparente da pena pode culminar na radicalização do valor real, perdendo-se, por completo, qualquer parâmetro de proporcionalidade.³⁰⁷ Por fim, e o mais curioso, é que esta tese utilitária, uma vez degenerada, assemelha-se àquilo que atualmente se denomina direito penal simbólico, na medida em que o sistema penal contemporâneo trabalha primordialmente com funções latentes, independente das manifestas.³⁰⁸

As críticas às teorias utilitárias clássicas, principalmente após sua superação por largo período pela vertente absoluta da sanção penal, serão revistas sob a ótica preventivo-especial pelas correntes sociológicas e antropológicas, fruto direto e imediato do empirismo da segunda metade dos anos 1800. Nesse aspecto, estar-se-á diante de um processo de cientificidade das teses de correção e emenda do delinquente, as quais, assim como as anteriores, terão os seus olhos sempre voltados para o futuro. Esta ascensão das teses preventivo-especiais, no mais das vezes de tom eclético, além de coadunar-se ideologicamente

³⁰⁶ *Ib.*, p. 25.

³⁰⁷ Muito interessante é a crítica feita por FERRAJOLI a respeito desta ambivalência iluminista entre máxima segurança e mínima aflição. Para o autor, esta equação pode ser resolvida de duas formas, por meio da preponderância que pode ser dada à utilidade ou à aflição. De acordo com seu pensamento, todos os autores citados, embora não desprezassem a noção de necessidade de pena e se preocupassem com a aflição do criminoso, salientaram, em primeiro lugar, o ideário da defesa social. “*Se, realmente, a finalidade a ser alcançada contra a repetição de futuros delitos for somente aquela da máxima segurança sócia, tal fato, por si só, servirá para legitimar, aprioristicamente, os meios máximos, ou seja, as penas mais severas, inclusive aquela de morte, bem como os procedimentos mais antigarantistas, compreendidas a tortura e as medidas policiais mais perversas e não liberais.*” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** *Op. cit.* p. 243).

³⁰⁸ Nesse sentido, SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. *Op. cit.*, p. 154.

com seu tempo, postulou um critério capaz de homogeneizar a relação crime e pena, a qual será estabelecida pela noção de periculosidade.

O desenvolvimento de uma teoria preventiva da pena, sob estes novos parâmetros, encontra respaldo, de vanguardista elaboração teórica, no pensamento de VON LISZT, autor já citado da segunda metade do século XIX. No seu “Programa de Marburgo”, o penalista postula a real essência da passagem da pena, como inicial violência privada, para uma perspectiva de prevenção, considerando, para tal transposição, a ocorrida objetivação da sanção criminal, a qual, fruto do perpassar histórico, implica no abandono da sanção privada, desenfreada, destruidora do criminoso³⁰⁹ e o surgimento de procedimento objetivo, imparcial, centralizado nas mãos do Estado. Esta passagem nada mais significa que a mesma transformação da ação instintiva para uma ação voluntária, direcionada a determinado fim a ser alcançado. Com a compreensão desta alteração humana de apreender o mundo, é possível estabelecer o verdadeiro nexos entre os conceitos de bem jurídico, o crime e a pena.

O passo para os seres humanos iniciarem uma realização voluntária ao invés de atuarem por simples instintos é a percepção, reflexão e generalização dos fins que se busca com qualquer conduta. Não se pode negar que as ações derivadas do instinto possuam finalidades, as quais, no entanto, não são conceitos nem assumem a feição de generalizações conceituais. Em outras palavras, na medida em que o instinto deve buscar determinado fim, a ação deverá adequar-se a esta meta, isto é, antecipá-la e, por isso, selecionar os meios mais razoáveis e serenos à sua consecução. A superação da ação instintiva pela voluntária implica na possibilidade de almejar fins mais remotos, menos imediatos, proporcionando a projeção do futuro e o seu planejamento para objetivos mais elevados. Esta racionalidade projetiva

³⁰⁹ As formas primitivas de sanção, como a pena de morte, a vingança de sangue e a perda da paz, são enfeixadas como demonstrações incipientes de proteção, irreflexiva, do homem e sua comunidade. Entretanto, tais modos punitivos são executados de maneira apaixonada e parcial, instintiva, fruto da incompleta objetivação e estatização da violência nas mãos de um ente imparcial. “*La pena primitiva se dirige contra el delincuente con una vehemencia también primitiva; el instinto natural de venganza no conoce otros límites que la magnitud de la irritación y la fuerza de la acción que se acumulan en el individuo afectado. La pena en su origen es, por consiguiente, la destrucción del delincuente.*” (VON LISZT, Franz. **La idea del fin en el derecho penal:** programa de la Universidad de Marburgo, 1882. *Op. cit.*, p. 65).

capacita o ser humano a propor fins menos individuais, transcendendo-os para o nível da coletividade, atingindo o grau ideal de adesão das vontades individuais e gerais.³¹⁰

O desenvolvimento do Direito penal, para o autor, segue este traçado paradigmático. Por isto, a história das penas enquanto fatos sociais não se identificam com suas concepções como fenômenos jurídico e normativo. O Direito penal, tanto em seus crimes quanto em suas penas, é resultado de uma reflexão humana, na proporção da capacidade intelectual de criação de conceitos gerais e abstratos, os quais são, neste sentido, claramente indutivos, não prévios à realidade dada. Ao contrário, eles se frutificam a partir dela, o que, aliás, não parece ser algo estranho para um pensamento do final do século retrasado (empirismo).

No tocante ao crime, há a substituição da instintiva proibição de atos agressivos ao indivíduo e à comunidade. Em seu lugar, inicia-se a percepção dos bens jurídicos, os quais atuam como interesses tutelados pelo Direito positivado. Observa-se que o bem jurídico é a substituição da proteção do instinto pela idéia de finalidade: é um conceito finalístico. O Direito penal surge como ação voluntária, que deve perceber sua verdadeira razão de existência (proteção dos bens jurídicos). Proibições desordenadas perdem espaço para restrições submetidas à ordem de um conceito maior, generalizado, abstrato.³¹¹

A pena segue o mesmo caminho. Sua objetivação se dá na proporção em que passa a responder a determinado fim de proteção aos bens jurídicos. Para tal, deve sair da mão do privado, passional e imprevisível. Cumpre sua objetivação na estatização e programação por meio do Estado. Neste momento, funciona como limitação do arbítrio e do poder. A sanção permite, ao que parece, seu constante redimensionamento e utilização crítica em face do próprio imperativo penal de proibição deste ou daquele comportamento. Ao

³¹⁰ Esta identificação absoluta entre vontade individual e geral é admitida por VON LISZT apenas como hipótese metodológica, já que o autor refuta sua concretização efetiva e prática. *In*: VON LISZT, Franz. *Ib.*, p. 63.

³¹¹ Esta conclusão é extraída, dentre outras, da seguinte passagem do autor: “*En los conceptos de delitos particulares ha de hacerse abstracción de aquellos elementos que lleva consigo todo delito, y de este modo ha de crearse el sistema de aquellos principios jurídicos para el desarrollo de conceptos que integren la Parte general del Derecho penal.*” (VON LISZT, Franz. *Ib.*, p. 65).

delinquente não mais se impõe a sua destruição, mas a restrição de seus bens juridicamente protegidos.³¹²

Esta afirmação permite a conclusão de VON LISZT, que consegue estabelecer à pena uma noção de fim. Na medida em que a história do Direito penal é a história dos interesses da comunidade expressos na forma de bens jurídicos, a punição deve-se colocar “... *a serviço de proteção de bens jurídicos...*”³¹³ diferenciando-se, aqui, das teses que assimilam à pena a função de proteção do ordenamento. Inspirado pelo pensamento de IHERING, VON LISZT encontra no fim o elemento basilar do problema penal; assim, a sanção será limitada, subordinada em seu conteúdo e extensão.³¹⁴

A proposta de VON LISZT não intenta aprofundar uma das questões que hoje em dia aparece como imprescindível. Esta lacuna é responsável pela classificação do autor como um positivista, ainda que diametralmente afastado de radicalismos como os de BINDING. O pensador, embora enxergue no fim da pena um critério para delimitar o que punir, utiliza-se desta baliza de maneira formal, ou seja, afirmando a necessidade de tutela dos interesses vitais de uma determinada comunidade. Não há, no caso, uma crítica material aos preceitos substantivos de proibição. As suas atenções voltam-se mais ao ideário preventivo da pena, impondo-se o seguinte questionamento: se esta, ao prevenir, também conteria a velha postura da retribuição. Mais do que isso, como determiná-la de modo condizente aos mesmos fins.³¹⁵

³¹² A definição de pena como restrição de bens jurídicos tutelados pela ordem jurídica está também descrita pelo autor. “*A pena é um mal que o delinquente sofre, é a lesão de bens, ofensa de interesses juridicamente protegidos pela mesma ordem jurídica que os protege. E por aí a pena se distingue essencialmente da indenização, embora uma e outra possam ser compreendidas na idéia superior e comum dos efeitos jurídicos do injusto; porquanto a indenização é reparação da lesão, deve curar a ferida, ao passo que a pena abre uma nova ferida e desse modo garante a manutenção da ordem jurídica.*” (VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal**. *Op. cit.*, pp. 373-374).

³¹³ *Ib.*, p. 66.

³¹⁴ Para VON LISZT as teorias absolutas não podem ser compreendidas na medida em que apenas são susceptíveis de apreensão no campo da metafísica ou da metaética. A relação entre pena e fim, ao contrário, estabelece-se como pressuposto para duas indagações fundamentais: “*1) Qué acciones son gravadas con penas 2) Cómo ha de ser medida la pena cuantitativa y cualitativamente.*” (VON LISZT, Franz. **La idea del fin en el derecho penal**: programa de la Universidad de Marburgo, 1882. *Op. cit.*, p. 69).

³¹⁵ A frase é taxativa. Após afirmar a heterogeneidade da magnitude da pena e da culpabilidade, afirma VON LISZT: “... *el principio metafísico da pena, en el que se asientan todas las teorías absolutas, no permite de que él se derive un sólido principio de determinación de la medida de la pena.*” (VON LISZT, Franz. *Ib.*, p. 74).

O grande ponto de toda a formulação de VON LISZT, já destacada em sua inovação metodológica interdisciplinar, ocorre na busca pelos efeitos sensíveis e imediatos que a pena pode ocasionar na sociedade em sua tarefa de proteção de bens jurídicos e prevenção do delito. Neste aspecto, o autor produz uma estrutura de pensamento muito interessante, capaz de aliar o Direito às ciências sociais, às pesquisas empíricas e, mais ainda, à política criminal. De um lado, pode se afastar do positivismo jurídico inosso de seu tempo e, de outro, não despreza o direito para substituí-lo completamente pelas ciências naturais, como prefere fazer a escola antropológica italiana. Encontra um meio-termo, uma capacidade integrativa, mesmo que de *lege ferenda*, entre o jurídico e o seu entorno.

Se a pena deve alcançar o fim que lhe outorga o sentido, o conceito de justiça da sanção ganha uma conotação prática, concreta. “*A pena correta, isto é, a pena justa, é a pena necessária.*”³¹⁶ O ideal da justiça criminal é a vinculação do poder de punir aos fins da pena. Esta premissa de VON LISZT apresenta coerência, visto que possibilita a construção de um discurso jurídico orientado a determinados fins, que pode chegar a criticar o próprio Direito. Abre espaço para a crítica do Direito por meio dele mesmo e possibilita, já naquele tempo, o que ora se propõe. Em suma, a limitação do Direito penal por meio das condições de possibilidade da pena.

Seja como for, o conceito de necessidade deve ser formulado mediante o mínimo de conhecimentos a respeito do mistério punitivo, ou seja, dos efeitos que a pena deve e pode realizar socialmente. Este é o campo da pesquisa científica.³¹⁷ Assim, depreende-se, e com expressões modernas, a irritação que pode sofrer o Direito pelos outros segmentos do saber. De acordo com a capacidade de rendimento da pena, adicionada à sua finalidade de proteção, encontrar-se-ão suas hipóteses de cabimento (merecimento de pena) e sua imprescindibilidade ao caso concreto (necessidade de pena).

³¹⁶ *Ib.*, p. 78.

³¹⁷ Embora VON LISZT tenha ciência das limitações das pesquisas neste campo. “*Únicamente existe un método por el que puede encontrarse respuestas a estas preguntas con absoluta certeza: el método de las ciencias sociales, el estudio sistemático de las masas. La estadística criminal, en el más amplio sentido de la palabra, puede conducirnos a la meta.*” (VON LISZT, Franz. *Ib.*, p. 79).

Dentro de uma perspectiva mais específica no tocante aos fins da pena, VON LISZT claramente encerra-se dentro do grupo de autores que a esta outorgam finalidade de prevenção, sendo, portanto, uma tese relativa da sanção criminal. Mais precisamente, se está diante de uma tese relativa de significativa preponderância especial, ou seja, ainda que a sociedade em geral não seja desprezada no raciocínio do autor, é notório que a punição deve adequar-se ao delinqüente. Cumpre destacar que VON LISZT constrói todo o seu sistema punitivo com lastro na pena privativa de liberdade, forma, à época, considerada forte avanço das práticas punitivas. Hoje em dia, grande parte das finalidades especiais que são propostas à pena poderia tranqüilamente ser cumprida por meio de outras categorias penais. É necessário compreender que, atualmente, se vive uma tentativa regressiva de imposição da pena de privação de liberdade. No final do século XIX, trabalhava-se, sobremaneira, a sua afirmação estratégica.³¹⁸

A pena criminal deve ser sempre compreendida como coação, podendo articular sua natureza por meio da motivação ou da força. No primeiro caso, propõe-se a alcançar: a correção (fortalecimento de motivos altruístas) e a intimidação (fortalecimento do egoísmo coincidente com o altruísmo). A pena como força ou coação direta almeja a neutralização do delinqüente, segregando-o da sociedade. Da reunião destas finalidades preventivo-especiais extrai-se a mais famosa frase do autor: “... *correção do delinqüente capaz de corrigir-se e necessitado de correção; intimidação do delinqüente que não necessita de correção; neutralização do delinqüente que carece de capacidade de correção.*”³¹⁹

Esta postura tríplice da pena, em face do seu caráter especial de prevenção, conduz, de maneira lógica, à assertiva de que cada finalidade específica da pena corresponde a uma modalidade ou tipo de delinqüente. Neste ponto, VON LISZT utiliza-se dos conhecimentos elaborados pela antropologia criminal italiana, destacadamente LOMBROSO e FERRI. Conforme já frisado, não esgota o Direito na antropologia, mas busca o intercâmbio de conhecimentos, mormente diante dos chamados criminosos habituais.

³¹⁸ VON LISZT via na pena privativa de liberdade, quando comparada aos modelos punitivos conhecidos de então, a melhor estratégia para permitir a realização concreta de fins punitivos múltiplos. “*Sin duda, la pena privativa de libertad está llamada a ocupar el primer y más eminente lugar en el sistema penal, precisamente porque es más apropiada que ninguna otra para acomodarse a cada uno de los fines de la pena.*” (VON LISZT, Franz. *Ib.*, p. 82).

³¹⁹ *Ib.*, p. 83.

VON LISZT contextualiza o problema do criminoso habitual como uma das questões mais complicadas de sua época, utilizando-se, a título ilustrativo, de várias pesquisas que demonstram, em diversos países, as altas taxas de reincidência. O autor identifica esta criminalidade com verdadeira enfermidade social, caracterizando os indivíduos que se reúnem sob esta designação como os mendigos, os vagabundos, as prostitutas e os degenerados.³²⁰ Termina seu curioso rol com bastante contemporânea e criticada expressão: *“Todos eles formam o exército dos inimigos, por princípio, da ordem social...”*³²¹

Esta postulação dos inimigos culmina, necessariamente, em uma postura defensiva a ser assumida pelo Direito penal. Sua principal meta pode ser concebida sob um enfoque de defesa social, isto é, de defesa da comunidade perante determinada parcela inapta para o convívio colocado em certo parâmetro. A dinâmica aqui explanada, relacionada aos habituais, é de exclusão, aceitando, inclusive, a prisão perpétua como medida apta e direcionada à contenção.³²²

A figura do criminoso habitual, e aqui há a explicação do motivo da referência que VON LISZT faz a FERRI e LOMBROSO, foi objeto de estudos por parte da antropologia criminal. Embora o pensamento de VON LISZT não possa ser identificado com a escola italiana, parece haver algumas premissas muito semelhantes, especialmente no que tange à justificação de uma pena que tem como finalidade a neutralização por razões de incapacidade de intimidação e correção. Depois de classificar o criminoso habitual como integrante do conceito de criminalidade nata, FERRI alterou sua posição doutrinária. Passou a entendê-lo como um indivíduo nascido e crescido em ambiente de miséria moral e material,

³²⁰ Esta postura é condizente com a finalidade de defesa social então adstrita ao Direito penal. Apresenta, nos dizeres de CORREIA, uma diferença importante para as antigas teses de prevenção dos autores iluministas. Para estes, a pena, em seu momento essencial, está principalmente na prevenção geral, desprezando o aspecto executório da sanção. Em VON LISZT, como nos positivistas naturalistas italianos, o real momento da sanção é sua execução, de modo a fazer cessar a periculosidade. *“...a pena tem como função única defender a sociedade dos elementos que perturbam a sua orgânica e entende-se, materialmente, como meio de segregar ou eliminar indivíduos socialmente perigosos e incorrigíveis, ou de tratar a corrigir os corrigíveis – tudo dentro do mais férreo determinismo, onde a liberdade é ilusão e onde não há lugar para o pensamento ético da culpa. Pune-se quem é perigoso e porque é perigoso e só é lícito falar de culpa se se identificar com a perigosidade: culpa é perigosidade.”* (CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. V.1. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 51-52).

³²¹ VON LISZT, Franz. **La idea del fin en el derecho penal**: programa de la Universidad de Marburgo, 1882. *Op. cit.*, p. 84.

³²² *Ib.*, p. 86.

portador de taras e fortemente influenciado e sugestionado pelo meio social. Nesse contexto, sua classificação ganhou autonomia, subdividida em espécies, todas elas dotadas de alto grau de periculosidade e incorrigibilidade.³²³

Parece não haver dúvida, a não ser para algum modelo de pensamento conservador e refratário, que o conceito de habitualidade criminal espelhado no final do século XIX não mais pode ser concebido dentro de um Estado de Direito social e democrático. O fato de determinados indivíduos apresentarem um convívio tenso com a comunidade e rotulado criminalmente não importa na atribuição de deficiências de formação ou caráter. Pensar deste modo é entender o crime como conceito natural, esquecendo-se da relação conflituosa inerente às formas como os homens produzem e concentram socialmente suas riquezas.

Ao lado destes criminosos habituais, VON LISZT pondera, conforme já exposto, a existência de outras duas modalidades: os necessitados de correção e os ocasionais. Para os necessitados de correção, a prática executória da pena ganha destaque especial; este é o momento central para o aperfeiçoamento da finalidade da punição. É por meio da execução penal que a pena encontra sua função, vista como uma razão prática embasada por conhecimentos técnicos e científicos derivados, no mais das vezes, das ciências externas ao Direito, tais como: a psicologia, a antropologia, a medicina e a criminologia. Destaca-se aqui uma importante herança, ainda que hoje em dia vista de modo redimensionado, a respeito da relevância e possível fecundidade social da execução criminal.³²⁴

³²³ FERRI apresenta quatro tipos ou subclassificações de criminosos habituais: “1º o delinqüente por tendência congênita aos crimes de sangue e de violência ou contra a propriedade, que, antes ou depois da condenação, repete as suas ações delituosas; 2º o delinqüente que comete habitualmente delitos não graves, especialmente contra a propriedade, por uma congênita repugnância ao trabalho metódico; 3º o delinqüente ocasional que – especialmente nos casos de infância moralmente abandonada – condenado a breves penas carcerárias, vem por estas piorado progressivamente na sua personalidade fisiopsíquica e é o tipo mais característico e mais freqüente do delinqüente por hábito adquirido; 4º o delinqüente por mister ou profissional, que organiza, por si só ou mais freqüentemente associado com outros, uma verdadeira indústria criminosa especialmente contra a propriedade (ladrões, embusteiros, falsários, malavita, caceteiros, ladrões de gados, etc.), mas freqüentemente também sem repugnância à violência e até aos crimes de sangue, como meios para consumir a outrem a depredação...” (FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Tradução Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999, p. 259).

³²⁴ Três são as críticas de ROXIN ao pensamento consistente na prevenção especial. Destaca, em primeiro lugar, a impossibilidade de delimitar quais são os fatos que realmente representam delinqüentes que necessitam de correção. Mais do que isso, esta necessidade de correção poderia conduzir ao critério de indeterminação da pena. Em segundo lugar, ele afirma que esta teoria não pode justificar a aplicação de pena ao criminoso ocasional, tendo em vista a inexistência de qualquer prognóstico de reincidência. Finalmente, questiona ao autor se a

Quanto ao criminoso ocasional, VON LISZT não consegue justificar, por razões óbvias, a pena como correlação ao conceito de periculosidade, haja vista que o delito, para esta modalidade, apresenta característica de notório isolamento com a geral conduta da vida. Este é um fato isolado, de motivação externa, dificilmente repetido ou capacitado de reprodução. Curioso que neste ponto a justificação do punir, que não poderia ser de todo dispensada, não residirá na necessidade de correção, já que é inexistente na espécie. O discurso fica sediado no âmbito da intimidação, da oportunidade de advertência para “... *os instintos egoístas do autor do delito.*”³²⁵

O mais singular desta ponderação, contudo, é o argumento de prevenção geral positiva que é utilizado para a justificação deste tipo de punição, o que apresentará proximidade inconfundível com o atual discurso da pena. Nestes casos, diz VON LISZT que a pena deverá “... *restabelecer a autoridade da lei que foi infringida.*”³²⁶ Esta idéia abre um flanco para a compreensão das teses preventivas gerais contemporâneas, isto é, a revalidação do Direito como fim. Mais do que isso, este tipo de assertiva faz com que as teses de prevenção possam, de certo modo, identificar-se com as posturas retributivas e sua falta de justificação prática. Parece querer demonstrar a dificuldade encontrada pelo autor em, ao manter certa coerência argumentativa, sustentar a desnecessidade de pena para alguns dos denominados criminosos ocasionais.

1.4 Prevenção Geral Positiva

Ao lado das correntes que atribuem à pena criminal funções de prevenções especial e geral de cunho negativo (neutralização e intimidação), bem como especial positiva (ressocialização ou reintegração social), insere-se aquela que, certamente, apresenta o maior grau de problematização. Não seria incorreto dizer que todos os discursos jurídicos de legitimação da intervenção penal são passíveis de críticas. Entretanto, nos dias de

finalidade de correção estaria legitimada no Estado Democrático, ou seja, se seria possível a conformação da vida de uma minoria pelos conceitos da maioria. (ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal.** *Op. cit.*, pp. 15 e ss.).

³²⁵ VON LISZT, Franz. **La idea del fin en el derecho penal:** programa de la Universidad de Marburgo, 1882. *Op. cit.*, p. 90.

³²⁶ *Ib.*, p. 90.

hoje, todos os autores ofertam atenção especial à denominada prevenção geral positiva e suas mais variadas vertentes.

Antes de se buscar alguma definição, convém aqui frisar uma lógica bem interessante no que concerne às críticas, o que deverá, de algum modo, favorecer a tentativa de compreensão. As teorias da pena sempre tiveram seus apontamentos, particularmente no âmbito sociológico, lastreados no questionamento a respeito de suas respectivas eficiências. Isto não quer dizer que não sejam feitas objeções de cunho ideológico, mas as postulações parecem mais vinculadas, contemporaneamente, com o fracasso de tais discursos legitimadores em face dos concretos resultados obtidos com a reprovação penal lastreada nestes paradigmas. Mais do que críticas teóricas, colocam-se julgamentos práticos. A pergunta que, na maioria das vezes, é anteposta a estas teorias pauta-se nas suas respectivas aptidões de rendimento ou eficiência.

O malogro da reintegração social é, por exemplo, o motivo maior da crise deste discurso punitivo, ainda que, na prática, seja significativamente notória a falta de vontade política de implantação dos meios materiais adequados à consecução de tais fins. Isto pode ser demonstrado pela reverberação muito mais altissonante deste tipo de objeção, se comparada àquelas de cunho materialista ou de crítica social. Destarte, a responsabilidade pelo desencantamento da prevenção especial deriva quase que exclusivamente de seu fracasso concreto. O fato de esta realidade ser possivelmente mudada pelo redimensionamento do papel estatal em face da dignidade do condenado parece ficar um tanto esquecido.

No caso da prevenção geral positiva, a crítica do pensamento penal atual não se concentra na efetividade concreta dos seus efeitos almejados na sociedade, os quais, aliás, são difíceis de demonstração pela sua própria essência. Sua realidade é quase toda circular. Pesquisas empíricas, nesta seara, são praticamente impossíveis, transformando-a, como tudo não comprovado, mais em uma profissão de fé ou princípio de articulação dogmática. Não se legitima pela razão de ser um instituto catalisador de efeitos gerados em sua concretude.

Seja como for, a crítica deste tipo de prevenção resulta de sua suposta incompatibilidade com um Estado democrático, no qual deve ser reservado e assegurado o espaço público destinado à pluralidade política e à relativização de valores, fundamento, aliás, do Estado brasileiro (Constituição Federal, artigo 1º, inciso V). Além disso, poder-se-ia considerar, detrás das premissas que sustentam a prevenção geral positiva, fatores que objetivam a manutenção de um modelo social determinado, buscando-se a conservação das coisas e a *normalização* das mudanças. Tratar-se-ia, do mais perfeito modelo conservador da dogmática jurídico-penal. Sedimenta-se sobre as bases de uma teoria do consenso.

Para o aprofundamento destas questões de suma importância, cumpre destacar que as finalidades específicas da prevenção geral positiva variam na medida dos autores e de seus pensamentos. Uma primeira aproximação, ainda que genérica, poderia salientar que a grande premissa consiste em utilizar a sanção criminal como um imprescindível instrumento de reforço à própria eficácia do Direito. A expressão aqui de Direito, em sua amplitude máxima, pode ser compreendida de dois modos distintos, de acordo com a teoria especificamente vislumbrada. Pode-se pensar no Direito enquanto regra, identificado com a noção elementar do imperativo positivado. Ao contrário, pode-se visualizá-lo de maneira mais ampla, entendendo-o como um conjunto de valores substanciais e, sob este prisma, refletidos nas normas que configuram o ordenamento jurídico enquanto tal. Na primeira situação, a pena reafirmaria a norma, alcançando uma postura preventiva mais exacerbada e nitidamente formal. Na segunda, estaria relacionada com os valores sociais supostamente aceitos de modo uniforme pela comunidade. Ao contrário da postura anterior, haveria um maior espaço de atenção ao conteúdo protegido, isto é, uma verificação de preponderante cunho material.³²⁷

Dentro desta primeira concepção, ou seja, da pena como instrumento de proteção da norma jurídico-penal, destaca-se a conhecida posição de GÜNTHER JAKOBS,

³²⁷ Independente da especificidade, bastante elucidativa é a definição geral de ROXIN acerca da prevenção geral positiva: “*El aspecto positivo de la prevención general comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Conforme a ello, la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo. Actualmente se le suele atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio.*” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**. *Op. cit.*, p. 91).

para quem a proteção exercida pela concretização da norma refere-se, circularmente, a ela mesma (prevenção geral positiva pura ou propriamente dita). Aplica-se a pena para garantir a continuidade prática da própria proibição, isto é, para manter a observância e a crença nesta observância por parte de todos os integrantes da comunidade. A pena é o demonstrativo da eficácia do Direito, celebrada de forma atomizada, individualmente, pelos tipos penais incriminadores. Coloca-se aqui um modelo totalmente compatível com o pensamento funcionalista, na medida em que a pena, ao negar a prática desviada, reafirma o Direito e impõe perante a comunidade a expectativa normativa essencial ao seu perfeito e harmônico funcionamento.

Situação distinta é a união de diversas finalidades à pena, fazendo com que todas elas se articulem de modo político criminal e contaminem toda a estrutura de sentido da teoria do delito. A conclusão deste tipo de pensamento é a inversão da lógica entre crime e pena. Por meio da significação do conceito de punição é que pode ser permitida a elaboração de todas as categorias do delito e suas respectivas aplicabilidades. A pena constitui o crime e garante a sua existência como um fenômeno jurídico em determinada circunstância histórica. A sanção e sua finalidade são responsáveis em dizer e delimitar quando e como punir. Conforme já analisado, desta postura compactua a tese desenvolvida por ROXIN e sua responsabilidade penal, com traços bem mais concretos e materiais (teoria unificadora preventiva).

De modo geral, a teoria da prevenção geral positiva sempre esteve presente no pensamento jurídico penal a partir do século XVIII. CARRARA, forte expoente da chamada escola clássica, combatia de maneira árdua e incisiva os pensamentos retributivo e utilitário que se digladiavam ao seu tempo. Jamais admitiu as teses de realização de justiça, de ressarcimento de dano, de intimidação dos cidadãos, de expiação da culpa ou de correção do criminoso. Para ele, tais conseqüências, se de fato ocorressem, significavam meros acessórios da pena. Curiosamente, já salientava o autor que o delito, ao ofender a sociedade, agredia a todos os cidadãos, gerando um efeito de diminuição da segurança. Esta assertiva, muito

debatida na atualidade, culminava em sua conclusão a respeito do fim primário da pena: “... o restabelecimento da ordem externa da sociedade.” ³²⁸

Com esta sua posição, CARRARA pode perceber a correlação importante que está subjacente à idéia de pena, delito e Poder Judiciário, porque compreendia como fim único da sanção esta noção de restabelecimento da ordem, nunca concebeu as teses de FEUERBACH, que diferenciava os critérios de orientação para o procedimento de cominação e execução da pena. O fim da cominação da pena, para CARRARA, deve ser o mesmo de sua aplicação, dado que ao julgador compete efetivar as disposições e intencionalidades legislativas. Se a cominação e a execução apresentassem finalidades diversas daquela que imbuíu o comportamento do legislador, haveria uma contradição com a lei, um desvio e incoerência normativos, a ação do juiz não seria jurídica, mas indevidamente “... política.” ³²⁹

Ainda que a crítica não prospere e despreze o papel efetivamente político exercido pelo magistrado em sua atividade, o fato é que tal afirmação pode conduzir a uma ponderação. Sem dúvidas, reflete uma postura ideal do racionalismo iluminista, isto é, a contenção da arbitrariedade judicial, vinculando o juiz à lei e transformando-o em mero declarante de preceitos normativos preconcebidos. Não se tem aqui, o que parece algo absolutamente condizente com a época, a noção de ser o crime algo constituído por seus próprios critérios de verificação.

A teoria da prevenção geral positiva, antes mesmo de teses como de JAKOBS ou ROXIN, parece identificar-se, ao menos por sensações, com a visão retributiva, tendo em vista que não acrescenta postura alguma de necessidade concreta ou utilidade da pena, dentro de uma ótica de constatação prática. A sanção aqui, apesar de todo o discurso não ser neste sentido, resume-se na ocorrência do delito antecedente. Afinal, pune-se porque

³²⁸ Paradigmática é a passagem do autor: “O fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja ressarcido o dano por ele sofrido; ou que se amedrontem os cidadãos, expie o delinqüente o seu crime, ou obtenha a sua correção. Podem, todas essas, ser conseqüências acessórias da pena, alguma delas desejáveis; mas a pena permaneceria como ato inatacável mesmo quando faltassem todos esses resultados. O fim da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade.” (CARRARA, Francesco. **Direito criminal**. Parte Geral. V. II. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN Editora, 2002, p. 78).

³²⁹ *Ib.*, pp. 78/79.

delinqüiu. O abalo e a reafirmação do ordenamento são pressupostos, aperfeiçoam-se como conceitos metódicos.

Outra crítica geral a esta modalidade reside na essência do Direito, o que poderia caracterizar a teoria de tautológica. Dizer que a punição tem como justificativa exclusiva o delito é reafirmar o discurso mais basilar da própria Teoria Geral do Direito. O pensamento positivista há muito já afirmou que não existe Direito sem sanção, sendo esta última, aliás, o fator de diferenciação entre o jurídico, as regras morais e as do trato social. Um Direito sem sanção não seria Direito, o que transforma a prevenção geral positiva em pura obviedade. O problema das finalidades da pena não pode ser resumido à mera relação de necessidade da pena pelo crime em si, independente de qualquer legitimação externa. Em razão disso, a prevenção geral positiva sempre esteve interligada com outras formas de punição, ganhando autonomia na quase que unicamente teoria de JAKOBS, onde está desapegada de qualquer fator psicológico social.

O traçado dogmático mais moderno da teoria começa com as tentativas unificadoras, as quais concluem pela adoção aditiva de critérios múltiplos. Desta maneira, almeja-se articular soluções de compromisso entre os diversos fins da pena.³³⁰ O grande problema destas soluções sincretistas está sediado em sua pouca capacidade de atuação prática, isto é, de abandonar tão-somente o nível do discurso e rumar à realidade. O Direito penal brasileiro, ao admitir que a pena deverá obedecer aos critérios de prevenção e retribuição do delito, é um forte exemplo desta problemática. A mera soma de intenções, tantas vezes incompatível, ao invés de realizá-las, resta por ofertar uma gigantesca margem de arbitrariedade. A fundamentação do ato de punir, quando existente, passa a ser realizada de qualquer modo.

A elaboração da chamada tese unificadora preventiva de ROXIN deriva das constatações realizadas. Preliminarmente, o autor salienta criticamente as conseqüências pouco racionais que foram derivadas de uma postura aditiva das finalidades da pena. A soma dos preceitos preventivos e retributivos culminaram mais na junção de defeitos e problemas do

³³⁰ Nesse sentido, RIGUI, Esteban. **Teoría de la Pena**. *Op. cit.*, p. 31.

que propriamente em benefícios que poderiam ser extraídos de cada uma das correntes de pensamento. Independente da preponderância inicialmente dada à retribuição nas teorias mistas ou a posterior equalização das finalidades preventivas, o fato é que se mostraram inúteis, incapazes de proporcionar estruturas de decisão à dogmática.³³¹

A única forma de estabelecer uma teoria unificadora com possibilidades reais de rendimento é de modo dialético, mediante a síntese dos diversos preceitos originados das teorias preventivas. Esta afirmação conduz a um aspecto essencial da postura de ROXIN, isto é, a impossibilidade de admissão da retribuição como fim integrador de um conceito misto. Sua assertiva é clara: “... *o fim da pena somente pode ser do tipo preventivo...*”³³², não havendo qualquer espaço para uma noção retributiva no universo do Direito penal contemporâneo.

Esta exclusão da postura retributiva deriva da própria concepção instrumental, de finalidade adstrita ao Direito. Na medida em que o Direito penal e suas normas estão destinados a proteger a liberdade individual como ordem social, a pena possui sua justificação quando de fato cumprir esta mesma exigência. Não pode prosperar, assim, o argumento de que a retribuição significaria um elemento essencial ou intrínseco da punição. Não existe espaço para espécie alguma de mal inato e correspondente à realidade do crime. Para as instituições jurídicas, não há o que se falar em essência, mas sim nos desideratos que vislumbram atingir, algo, aliás, que muito parece se assemelhar ao discurso de VON LISZT e sua idéia de fim no Direito penal. Além disso, a retribuição seria disfuncional, tendo em vista que sua premissa sempre exige a punição, fazendo surgir hipóteses de penas inúteis ou desnecessárias.

A construção de ROXIN aponta para a necessária existência conjugada das modalidades preventivas gerais e especiais. A unificação da prevenção não pode desprezar suas modalidades diversas. Não haverá a perfeita utilização do Direito como instrumento

³³¹ “Una teoría unificadora aditiva de este cariz no colma las carencias de las diferentes opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido entro los diferentes fines de la pena, lo cual imposibilita una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social.” (ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general:** Fundamentos. *Op. cit.*, p. 95).

³³² *Ib.*, p. 95.

preventivo sem a recíproca utilização de mecanismos específicos e genéricos de combate ao crime.³³³

Isto quer dizer que o mecanismo dogmático deve permitir a aplicação da pena criminal de modo a proporcionar, da maneira mais satisfatória possível, tanto a prevenção especial quanto a geral. De um lado, deve possibilitar ao condenado, se assim o desejar e anuir (obrigatoriedade da execução e voluntariedade da reinserção), todos os meios sociais destinados à sua reintegração social, através de um plano adequado e coerente de execução penal. De outro, o sistema coercitivo criminal deve igualmente proporcionar as finalidades de prevenção geral, quais sejam: aprendizagem, confiança no Direito e pacificação social com a resolução e absorção do conflito (prevenção integradora).

Todos os momentos persecutórios revestem-se destes paradigmas, ressaltando ora uma ora outra finalidade. Dessa maneira, ocorre uma ponderação diferenciada. Na etapa de cominação da pena, é destacada a prevenção geral. Não é à-toa a já citada função que ROXIN adjudica à tipicidade. Já a fase judicial de fixação da pena observa ambos os critérios preventivos, advindo daí a complexidade da determinação da pena. Finalmente, a etapa de execução condiz com a maior relevância da prevenção especial. Cumpre destacar que também nas fases de cominação e execução todas as finalidades estarão presentes, ainda que com maior ou menor intensidade. Não há o que se falar em uma cominação legal que, sob o argumento de valorizar a prevenção geral, posteriormente torne inviável um projeto de reinserção social do condenado. Não há dúvidas de que a execução, mesmo pautada sob a égide da prevenção especial, também gere efeitos de caráter preventivo-geral.

Um interessante problema colocado nestes pontos está no eventual surgimento de incompatibilidades entre as versões gerais e especiais da prevenção. No modelo de ROXIN, este fato tende a ocorrer, ao menos com maior probabilidade, na etapa de determinação da pena pelo juiz. Afinal, será nesta etapa que as modalidades preventivas

³³³ “De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.” (Ib., p. 95.)

devem ser igualmente observadas. De forma mais singela, a pergunta que remanesce é: em caso de conflito entre ideários preventivos na fixação da pena, deverá prevalecer a noção geral ou especial?

A resposta de ROXIN para o questionamento é muito interessante. O autor alemão deduz uma preponderância limitada da prevenção especial. Isto significa que o critério-limite nestes casos deverá ser o da prevenção especial, mas desde que os reflexos originários da prevenção geral não fiquem completamente esvaziados. Poder-se-ia dizer que a prevenção especial pode sacrificar apenas parcialmente a prevenção geral, do contrário, a sanção esvaziar-se-ia para a comunidade.

Um exemplo é elucidativo. Trata-se do sujeito que cometeu um delito ocasional e, por isso, não possui nenhum prognóstico de reincidência. Por meio de critérios de prevenção especial, a pena não possuiria finalidade alguma, todavia sua inaplicação resultaria no descrédito da comunidade em relação ao Direito posto. Nesta situação, a pena mínima, para ROXIN, seria a recomendada, uma vez que representaria a resposta mínima estatal para o surgimento dos efeitos, ainda que minorados, de prevenção geral.³³⁴

Os argumentos em favor do privilégio preventivo-especial nas situações de conflito são persuasivos. O autor destaca que, como imperativo constitucional, a ressocialização, uma vez aceita pelo delinqüente, trata-se de direito seu.³³⁵ Esta afirmação de ROXIN é de todo interessante, porque estabelece frontalmente a relação jurídica entre o condenado e os órgãos estatais de execução. No instante em que o condenado é detentor de Direito, o Estado, pela mesma via, é sujeito de obrigações. Compete ao Poder Público a implementação de uma verdadeira política social de reintegração social.

O segundo argumento utilizado pelo autor ao privilegiar a prevenção especial reside em sua menor capacidade de supressão dos efeitos preventivos gerais. Assim, a prevenção especial sempre tenderá a também proporcionar efeitos de prevenção geral. O

³³⁴ “En muchos casos, aunque no siempre, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del ‘mínimo preventivogeneral’.” (ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**: Fundamentos. *Op. cit.*, p. 95).

³³⁵ *Ib.*, p. 97.

contrário, porém, não se mostra verdadeiro. A pena lastreada exclusivamente na prevenção geral pode significar efeitos contraproducentes de prevenção especial, como no caso do encarceramento demasiado, expondo o condenado à excessiva restrição de liberdade ou às mais variadas rotulações socialmente danosas.

O esquema de ROXIN, para ser fechado, deve conter um elemento que repare o problema dos limites do poder estatal, pois as facetas preventivas podem, eventualmente, justificar uma punição demasiada. De acordo com o exposto em capítulo anterior, a culpabilidade assumirá esta missão. Com isso, a prevenção especial passa a contar com um instrumento inexistente em VON LISZT ou no positivismo antropológico italiano. O corolário expressa-se da seguinte maneira: “... a exigência de que a pena não possa ser em nenhum caso superior a culpabilidade do autor.”³³⁶ Daí a conhecida remodelação da culpabilidade, que unifica a sua característica tradicional de fundamento com a tarefa de limitação do poder de punir. Trata-se de um conceito destinado a salvaguardar a liberdade humana.³³⁷

Já em JAKOBS, a elaboração do conceito de pena parte de uma premissa elementar de todo o seu trabalho. O autor nega-se a definir um conteúdo material para a pena. A punição deve ser compreendida através de seu sentido social. O universo de preocupação é a função que a pena deve ou pode cumprir na realidade social contemporânea.

Do ponto de vista formal, JAKOBS demarca a seguinte questão a respeito da problemática da pena: “A pena é sempre reação diante da infração de uma norma. Mediante a reação manifesta-se necessidade de observação da norma. E a reação demonstrativa sempre ocorre às custas do responsável pela infração da norma.”³³⁸ É preciso

³³⁶ Salienta o autor: “Puesto que el grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de daños ocasionados, se puede contraponer eficazmente a las exigencias preventivas determinadas por los intereses de la sociedad. Además, corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correspondiente a la culpabilidad, lo cual, en esa medida, tiene pleno sentido también desde el punto de vista preventivo. La sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídicopenal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y merecida es sólo una pena acorde con la culpabilidad.” (Ib., p. 100).

³³⁷ Ib., p. 101.

³³⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho penal – Parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. *Op. cit.*, p. 8.

salientar que a afirmativa do autor cumpre uma missão fundamental em todo o seu edifício teórico. A pena, acima de tudo, está relacionada com a infração da norma e a imposição de responsabilidade. Esta é a explicação do motivo pelo qual estes dois conceitos possuem alta importância para o sistema penal. As suas respectivas delimitações importarão na verificação das hipóteses compreendidas como passíveis de sanção. Quanto maior a abertura do conceito de infração (v.g. crimes de perigo), maior será o número de situações potencialmente submetidas à sanção. O mesmo ocorre com o conteúdo de responsabilidade e das regras de imputação objetiva.

JAKOBS insere a ocorrência sancionatória na necessidade dos seres humanos em manterem expectativas normativas, sempre relacionadas com a perspectiva e confiança na atuação do outro. Atuam as penas como ocorrências contrafáticas às ações alheias decepcionantes. Toda e qualquer ação do homem, de acordo com esta lógica, está balizada em expectativas prévias, seja de regularidade natural ou social. Em seu contato com o ambiente, o homem também percebe a repetição de fenômenos, o que lhe permite o controle sobre o meio na medida em que aciona os mecanismos responsáveis pela previsível repetição. Sabe-se que o metal esquentado deve dilatar, que os objetos tendem a cair. As utilizações destes conhecimentos produzem expectativas cognitivas, as quais, uma vez frustradas, conferem falsificação ou necessidade de aprimoramento ao saber.³³⁹

Se as expectativas cognitivas são constituídas pela produção e divulgação de conhecimentos, parte das expectativas normativas são induzidas pela convivência com o Direito e, mais ainda, com a sua possibilidade de eficácia. Fala-se aqui de uma análise da produção social dos efeitos do Direito como elemento de condição da vida em comunidade.

A sanção jurídica funciona como reforço de eficácia em situação de não-observação espontânea da norma pelo cidadão, ou seja, direciona-se a demonstrar a imperatividade do Direito, a despeito de seu descumprimento. Por esta razão, o pensamento de JAKOBS é aquele que mais radicalmente aplica os postulados do funcionalismo na confecção

³³⁹ “Estas expectativas son de carácter cognoscitivo, lo que quiere decir que en caso de decepción se ha errado el cálculo y hay que volver a aprender, o sea calcular mejor pro futuro...” (Ib., p. 10).

de um pensamento do Direito penal.³⁴⁰ Assim, a sanção penal deve cumprir uma missão de divulgação da eficácia das normas, já que inexiste na ciência jurídica uma pena natural como aquela normalmente advinda do fracasso e desilusão diante do descumprimento de regras cognitivas.³⁴¹

Por este raciocínio, JAKOBS postula uma de suas teses mais controversas. Se a sanção jurídico-penal tem como finalidade reafirmar a vigência de suas próprias normas, é correto asseverar que a função destas normas consiste em assegurar as expectativas normativas necessárias para a vida social; significam condições de possibilidade para a vida em comunidade, diminuindo complexidades e feixes de opções de atuação. Assim, a norma jurídica deve evitar que as pessoas sintam-se na iminência de se sujeitarem passivamente a certos comportamentos agressivos quando da interação social.

Então, a função do Direito penal não é a proteção de bens jurídicos, mas sim de certas formas de agressão por meio de relações intersubjetivas indesejadas. Advoga o autor que o conceito de bem jurídico não expressa com adequação esta realidade, eis que, por exemplo, a vida em si não pode ser protegida, mas somente determinadas formas de atividades que a ela são atentatórias. Não se pode juridicamente proteger a vida diante de doenças ou acidente jurídico-penalmente irrelevantes, assim como não se pode proteger o patrimônio de sua normal deterioração pelo perpassar do tempo. O que se busca evitar, por meio da eficácia da norma penal, são certos atos humanos, compreendidos como maneiras específicas de

³⁴⁰ Nesse sentido: “Em JAKOBS cuja formulação se inspira na teoria dos sistemas de LUHMANN, toma-se como ponto de partida, para análise da pena, a perspectiva de sua funcionalidade para o sistema social; investiga-se seu papel dentro do controle social, dentro do sistema de expectativas que deriva dos contatos e interações sociais. A pena, ou mais precisamente a norma penal, aparece como uma necessidade funcional ou ainda, como uma necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante às frustrações que decorrem da violação das normas. Este novo enfoque utiliza a concepção luhmanniana do direito como instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização das expectativas.” (QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 43).

³⁴¹ Bastante elucidativa é a seguinte passagem de JAKOBS: “A la disposición a observar la norma le falta una garantía natural de esse tipo; tal es el motivo de que sea necesaria una sanción. Por poner un ejemplo: A quien no sigue las normas elementales de las Matemáticas se considera tonto, pero no así al que descuida las reglas elementales de la convivencia: a este último sólo mediante la pena se le declarará incompetente.” (JAKOBS, Günther. **Derecho penal – Parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. *Op. cit.*, p. 11).

agressão aos então denominados bens jurídicos,³⁴² cujo conceito torna-se nitidamente dispensável e de pouco rendimento dogmático.

Por detrás destas assertivas do autor reside toda uma leitura social prévia ao entendimento do Direito penal. Existe uma sociedade cuja confiança é um elemento imprescindível para suas operações, de modo a almejar, mediante a pena, a diminuição dos riscos sempre existentes em face dos comportamentos desviados. O raciocínio de que a norma vislumbra evitar certos comportamentos é correto. Apenas a conduta humana pode ser sujeitada pela norma. O abandono do bem jurídico, contudo, é demasiado, porque, conforme postulado, apresenta muita importância dogmática.

Deste conjunto de apontamentos feito por JAKOBS, pena é definida como instituto de realização da prevenção geral positiva, ou seja, como resposta diante da infração da norma, executada sempre em desfavor do infrator. Sua missão é a manutenção da norma como modelo de orientação para os indivíduos em seus respectivos contatos sociais. Seu conteúdo é esta resposta, destinada a neutralizar o descumprimento do imperativo.³⁴³ Eis aí a dinâmica circular e formal da sanção jurídica.

O interessante do pensamento de JAKOBS é o afastamento que promove entre o Direito e a realidade ontológica. A norma é configurada como um sentido, que pode ser antagônico com o sentido dos comportamentos humanos. Ao Direito penal compete o seu acionamento no momento desta contradição. Esta hipótese demarca uma desautorização da

³⁴² Exemplificativo do que se quer dizer é o seguinte trecho: “Façamos um exame mais preciso: há um bem, que é a propriedade, por exemplo, e esta não deve ser lesada. O proprietário do bem pode permitir sua destruição. Se o bem está ameaçado, não procede que todos devam auxiliar o proprietário a salvá-lo; unicamente se pretende que não ocorra a destruição ou a subtração do mesmo. Portanto, do ponto de vista do direito penal, o bem aparece exclusivamente como pretensão do proprietário de que este seja respeitado. Em outras palavras, do ponto de vista do direito penal, o bem não deve ser representado como um objeto físico ou algo do gênero, e sim, como norma, como expectativa garantida. Como o direito poderia ser representado enquanto estrutura da relação entre pessoas, ou seja, o direito como espírito normativo, em um objeto físico?” (JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. (Coord.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34).

³⁴³ JAKOBS, Günther. **Derecho penal – Parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Op. cit., pp. 13-14.

norma penal, que somente tem o condão de ser revalidada pela aplicação de outro sentido, ou seja, da pena (funcionalismo extremado).

Com esta compreensão em sua totalidade, é possível entender que o conflito derivado do delito, em JAKOBS, não possui relevância penal em sua faceta externa. Graças a isso, a pena, de igual maneira, não vislumbra restabelecer a ordem factual ou material das coisas (reparação do dano), mas tão-somente reafirmar o Direito, mantendo a crença social em sua obediência e cumprimento.³⁴⁴ Trata-se de uma idéia funcional retributiva, responsável por unificar os conceitos de fundamento e finalidades da pena, além de promover uma indiferença empírica; a noção de expectativa está despregada do mundo político-social.³⁴⁵

A crítica que pode ser feita a JAKOBS resulta de inúmeros aspectos. Dois, entretanto, devem ser destacados. Em primeiro lugar, o autor configura uma teoria meramente formal do Direito moderno. Sua postura, com o propósito de afastar os debates a respeito do conteúdo da norma, enseja um formato de Direito conservador, desprovido de questionamento, vazio de objeções quanto ao papel de dominação que é capaz de exercer.

Em segundo lugar, sua postura da pena, como mera revalidação da norma, aparenta certa redundância, tendo em vista que a sanção já é uma característica constitutiva do Direito. Mais do que isso, a violência subjacente à sanção penal impede que sua finalidade fique restrita ao universo da eficácia jurídica. Não basta esta justificativa interna. A pena somente pode ser aplicada por razões externas à própria circularidade dogmática, isto é, deve conformar a realidade de alguma forma, produzir consequências sensíveis, fazer parte de um conjunto maior de medidas político-criminais.

³⁴⁴ Esta ponderação busca explicitar o conteúdo da seguinte frase de JAKOBS: “*La infracción no representa un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas, ya que el Derecho penal no puede senar tales consecuencias. La pena no determina una reparación del daño...*” (Ib., p. 12).

³⁴⁵ Neste sentido: “*La pena sirve para la estabilización de las expectativas que se tienen en la vida en sociedad; éstas en caso de defraudación no deben decaer, sino que pueden y deben mantenerse contrafácticamente, esto es, frente a la realidad fáctica. El delito, el hecho del autor, es un concepto del mundo que se contrapone, contradiciéndolo, al concepto del mundo que por su parte tuvo y tiene no sólo la víctima, sino también la sociedad. Pero, es más, puesto que tal idea del mundo de la víctima se corresponde con una expectativa normativa, generalizada y garantizada por el Estado, el conflicto no es de tipo privado, sino que se convierte en publico, y la concepción del mundo de la víctima se reafirma ante todos, ante la sociedad en su conjunto; todos deben persistir en sus expectativas; pueden confiar en la vigencia de la norma.*” (GONZÁLES-RIVERO, Pilar. El fundamento de las penas y las medidas de seguridad. *Op. cit.*, pp. 63-64).

1.5 Direito Penal Brasileiro e Positivização dos Fins da Pena

Analisar os fins da pena no Direito penal brasileiro não é, definitivamente, uma tarefa tranqüila. Esta dificuldade deriva de alguns aspectos concretos de nossa legislação e conjuntura política, as quais, adicionadas, impedem uma ação social efetiva no sentido de concretizar, quaisquer que sejam, dignas finalidades da pena. A primeira dificuldade resulta de uma faceta prática e governamental do País. Raramente podem ser percebidos programas ou atividades ordenados e planejados com destinação ao controle da criminalidade por meio de formas de valorização e reafirmação dos postulados constitucionais da dignidade da pessoa. A situação prisional no Brasil é terrível. As denominadas penas alternativas não contam com aparatos materiais para a devida operacionalização. Da pena de multa não se extraem os devidos efeitos de sua aplicabilidade.

Em segundo lugar, a legislação brasileira não traçou, de forma limitada e precisa, as finalidades da pena que devem ser buscadas pelo sistema penal. Como se sabe, a Constituição Federal estabeleceu nucleações a respeito do sistema de penas, com preocupação muito mais limitativa do que de proposição.³⁴⁶ Isto quer dizer que os dispositivos constitucionais destinam-se mais a conter excessos ou modalidades inaceitáveis de penas do que em postular de modo assertivo quais devem ser as reais finalidades alcançadas com as sanções. Pode-se tentar extrair da Constituição finalidades da pena tão-somente através de interpretações dedutivas de princípios, o que, de toda forma, não impedirá as controvérsias constantes neste campo ideológico e pouco consensual do Direito penal.³⁴⁷

³⁴⁶ A Constituição Federal de 1988 vedou em seu artigo 5º, inciso XLVII, as penas: (a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; (b) de caráter perpétuo; (c) de trabalhos forçados; (d) de banimento; (e) cruéis. Estas limitações, por sua vez, não permitem extrair uma finalidade específica da pena, uma vez que a proibição de certas penas, ao lado de uma idéia basilar de humanidade, pode-se destinar a permitir uma retribuição racional ou uma prevenção adequada. Exemplo de autor, contudo, que relaciona às limitações o viés preventivo: “*Em nosso país, depois de uma longa e lenta evolução, a Constituição, visando proteger os direitos de todos aqueles que, temporariamente ou não, estão em território nacional, proibiu uma série de penas, por entender que todas elas, em sentido amplo, ofendiam a dignidade da pessoa humana, além de fugir, em algumas hipóteses, à função preventiva...*” (GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. *Op. cit.*, p. 519).

³⁴⁷ Outros dispositivos constitucionais que versam sobre a pena podem proporcionar algumas interpretações no sentido de se tentar buscar a compreensão da finalidade da resposta que lhes estariam subjacentes. No artigo 5º, inciso XLV, encontra-se o princípio da pessoalidade da sanção penal, o que pode ser entendido como um traço característico da retribuição ou da prevenção. Do mesmo modo, capaz de propiciar controvérsias sobre as finalidades, estão as nucleações relacionadas à individualização da pena, presentes nos incisos XLVI e XLVIII.

A dificuldade também reside, ainda que aqui não haja uma peculiaridade do pensamento nacional, na fortíssima divergência da doutrina acerca dos reais fins a serem perseguidos com a punição. Embora a tese relativa exclusiva não tenha muita aceitação na doutrina nacional pátria, a maioria dos autores sempre acabou estabelecendo discussões sobre as teses absolutas ou mistas. Além disso, no seio das teses mistas (da união ou unitárias) há uma miríade de perspectivas, desde aquelas que atribuem preponderância à visão retributiva (previne-se com a retribuição) até aquelas que apóiam o maior destaque sobre a noção preventiva da pena (retribui-se com a prevenção). No meio do caminho, encontram-se ainda as que apresentam igual tonalidade a uma e outra função.

De todos os códigos penais que vigoraram no País, as finalidades da pena foram traduzidas legalmente na Parte Geral em vigor, ou seja, depois da alteração legislativa proporcionada pela “... *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.*”³⁴⁸ A redação original do Código de 1940 (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) não estabelecia finalidade expressa à punição, resultando, assim como em todas as legislações anteriores, em que os fins da pena poderiam ou deveriam ser extraídos dos pensamentos filosóficos, das formas pragmáticas de punição e do eclético tecnicismo jurídico então perfilado como corrente penal principal. O artigo 42 destacava que o juiz deveria determinar a pena atendendo a critérios de antecedente, personalidade, intensidade de dolo e culpa, motivos, circunstâncias e consequências do delito. O próprio critério de fixação da pena, ademais, não outorgava a estas circunstâncias judiciais uma plena autonomia, porque o procedimento bifásico (ou de Roberto Lyra) fundia, como etapa inicial da fixação, tanto estas considerações judiciais quanto as circunstâncias agravantes e atenuantes (artigos 44, 45 e 48 do Código de 1940).

Esta omissão legislativa impunha, vale dizer, fortes controvérsias entre os autores. A título exemplificativo deste embate estão as mais variadas posições de consagrados autores das ciências penais brasileiras. Penalistas como NÉLSON HUNGRIA postularam

³⁴⁸ “No ordenamento jurídico-penal brasileiro nosso legislador (até 1984) não havia se posicionado (de modo explícito e categórico) sobre as finalidades (ou funções) da pena. No âmbito dogmático (teórico), com certa tradição, (quase) sempre nossos doutrinadores mantiveram-se filiados às teorias ecléticas (ou mistas ou de união ou unitárias), que unificam as idéias de retribuição (ao mal do crime o mal da pena) e prevenção, tanto geral (ameaça a todos para que não venham a delinquir) como especial (evitar que o criminoso volte a delinquir).” (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito penal: parte geral**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 702).

claramente a visão retributiva como preponderante, negando sua relação incipiente com a Lei do talião, mas, afirmando-a como critério essencial da resposta penal. Tratar-se-ia a retribuição, portanto, de um “... *princípio humano por excelência...*”, lastreado na recompensa e na justiça, nas quais “... *cada um deve ter o que merece.*” ³⁴⁹

Quase no mesmo sentido de afirmação da necessária retribuição como aspecto continente da essência da pena é o pensamento de FREDERICO MARQUES, que adota uma preocupação também existente em relação à prevenção. A prevenção, de acordo com seus escritos, apresenta-se como aspecto de perfeita compatibilidade com a retribuição, devendo esta última, sempre, ser o norte reitor da existência da reprimenda criminal. Nestas circunstâncias, verifica-se um pensamento eclético que outorga preponderância ao ideal absoluto, o que pode ser definido pela velha máxima da prevenção por meio da retribuição. ³⁵⁰

Já no interior de um viés completamente distinto, pode ser apontada a obra de HELENO FRAGOSO, para quem a função da pena, como amarga necessidade de uma sociedade de seres imperfeitos, deve vislumbrar a proteção de determinados bens e interesses, buscando evitar comportamentos agressivos e iníquos. O sistema penal atua como instrumento de defesa social. Para melhor esclarecer suas ponderações, divide os fundamentos e finalidades da pena de acordo com o momento de sua realização, quais sejam, a cominação, fixação e execução. No primeiro caso, a sanção está fundamentada na preservação da ordem e segurança da convivência social, enquanto encontra sua finalidade na capacidade de abster os

³⁴⁹ Célebre é a argumentação do autor. “*A compensatio mali cum malo é ditada por uma lei da natureza e depara justificação em nossa própria consciência. Não há argumentar que pena retribuição é resquício do talião primitivo. O modus fascendi da punição tem evoluído no sentido da brandura e da proporção, mas a idéia da retorsão do mal pelo mal continua inscrita e viva na razão humana, tal como no tempo do olho por olho, dente por dente. Surgiu com os primeiros homens e há de ser a pedagogia de todos os tempos, a correspondência entre o mal e o castigo, entre o bem e o prêmio. A pena, como sofrimento imposto aos que delinqüem ou como contragolpe do crime (mallum passionis quod infligitur ob malum actionis), traduz, primacialmente, um princípio humano por excelência, que é o da justa recompensa: cada um deve ter o que merece.*” (HUNGRIA, Nélson. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito. 1945, p. 131).

³⁵⁰ “*Na verdade, o caráter retributivo da pena não é obstáculo a que a tutela jurídica, através dela exercida, também tenha por objetivo prevenir a prática de novos delitos. Uma coisa não exclui a outra, como se verifica na prática. E ANTOLISEI mostrou convincentemente que não há retributivismo puro, nem orientação preventiva sem jaça. Trata-se de duas tendências genéricas, que se apresentam como formação monolítica, pois, entre os partidários de quaisquer dessas correntes, existem opiniões de graduações várias, ao mesmo tempo que, entre as posições extremadas, encontra-se uma infinidade de pensamentos intermediários, ‘in modo Che è difficile stabilire dove finisce un indirizzo e ne comincia un altro’.*” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Op. cit., p. 118).

destinatários da norma jurídica da prática delitiva. Na fase de fixação ou aplicação, a reprimenda baseia-se no fato delituoso e busca demonstrar, ao condenado e aos demais, a efetividade da ameaça penal. Por fim, quando da execução, a fundamentação da punição reside na sentença condenatória e se destina à ressocialização do executado.³⁵¹

Após a alteração de 1984, as divergências acerca da finalidade da pena no sistema brasileiro ganharam um elemento adicional; o texto legal, como frisado, transformou-se em objeto de consideração. O conjunto de circunstâncias judiciais passou a ser encontrado no atual artigo 59, que, igualmente, resolveu afirmar expressamente os fins almejados pela punição e orientadores do procedimento de fixação. Desse modo, além do acréscimo de novas circunstâncias de inafastável valoração,³⁵² o juiz deverá estabelecer a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Buscou a novel codificação, ao que parece, aprimorar o mecanismo de individualização da pena, na medida em que tenta, através da definição das finalidades, permitir ao magistrado uma plataforma mais criteriosa e limitar o arbítrio judicial.³⁵³ Assim, insere-se uma perspectiva teleológica na sanção penal, admitindo conceitos normativos que possuem como norte as idéias de necessidade e eficiência da resposta punitiva.³⁵⁴

A legislação adotou um caráter misto ou eclético a respeito das finalidades da pena. Tanto considerações de cunho retribucionista quanto preventivo devem ser tecidas pelo magistrado na oportunidade de determinação da pena. Isto resulta que a retribuição funcione como um limite, como garantia de proporcionalidade lastreada na

³⁵¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. Atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 345-348.

³⁵² O artigo 59 acrescentou como circunstâncias judiciais para a fixação da pena base no sistema trifásico (de Nelson Hungria), além daquelas anteriormente previstas, a conduta social e o comportamento da vítima.

³⁵³ A Exposição de Motivos da legislação assim destaca a inovação: “A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para ‘reprovação e prevenção do crime’. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual deverão extrair todas as suas lógicas consequências.” (Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal).

³⁵⁴ Este realce dado ao ingresso do ideário preventivo é feito, por exemplo: “Se essa consideração estiver correta, a pena justa será somente a pena necessária (Von Liszt) e, não mais, dentro de um retributivismo kantiano superado, a pena-compensação do mal pelo mal, segundo o velho princípio do talião. Ora, o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como o modo de sua execução.” (PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 86).

gravidade do fato e no juízo de culpabilidade.³⁵⁵ Além disso, ao juiz compete uma valoração projetiva, de modo a indagar a respeito da melhor punição para o aperfeiçoamento das finalidades vinculadas às teses relativas. Esta análise justifica, e sob os parâmetros legais, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, o montante da reprimenda, a eventual substituição da sanção carcerária por outra modalidade etc.

Ainda dentro do marco legislativo, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), originada do mesmo movimento de reforma do Código, estabelece, ainda, as finalidades da execução, o que, quando cotejadas com o artigo 59 do Código Penal, permite reafirmar, ao menos dentro de uma postura argumentativa, o viés preventivo possível de ser sustentado do ponto de vista legal. Atesta a norma inserida no artigo 1º da Lei que os objetivos da execução penal são: efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

³⁵⁵ Ainda que a lei não dispusesse a respeito de finalidades de retribuição, reprovação, tal finalidade poderia ser entendida como ínsita ao sistema criminal, tendo em vista a própria concepção de pena como juízo valorativo de necessária derivação da existência de um injusto cometido. Além disso, a estruturação da culpabilidade nos moldes legislativos e a adoção do sistema vicariante também sustentariam esta existência natural da retribuição. No caso da legislação espanhola, tal raciocínio é feito por GARCIA-PABLOS: *“La esencia retributiva de la pena responde ya a una dilatada tradición jurídica, interrumpida exclusivamente por el Código de 1928 y se hace patente en el Código Penal vigente en numerosos preceptos e instituciones.”* (GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**: introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, 1995, p. 67). Cumpre destacar, todavia, que a Constituição espanhola de 1978 é clara ao apontar a finalidade das penas, com nítido viés preventivo especial. Atesta o artigo 25.2 da Carta: *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados...”*. Diante do preceito constitucional, os tribunais iniciaram uma relativização desta finalidade, as quais deveriam conviver ao lado de outras. O Tribunal Constitucional sustentou que: *“No debe desconocerse la importancia del principio constitucional de que la pena privativa de libertad siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social, que debe orientar toda la política penitenciaria del Estado, pero el art. 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación* (auto de 10-7-85 y S. nº 2/87, de 21-1).” No mesmo sentido, destacou o Tribunal Supremo: *“El art. 25.2 de la Constitución ha de entenderse en el sentido de que las normas reguladoras de la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad han de estar basadas en los principios de reeducación y reinserción sociológica, pero no implica que el autor de una infracción penal no pueda ser sancionado si no es necesaria la citada reeducación y reinserción, pues lo contrario llevaría consigo, en no pocos casos, la imposibilidad de sancionar las figuras delictivas* (S. Sala 2.ª, de 25-11-83).” Estas discussões também estão inseridas no plano doutrinário, onde dois debates aparecem como fundamentais. Primeiro, se a finalidade preventiva especial deveria orientar toda a persecução penal ou apenas a etapa executória. Segundo, se as outras finalidades devem também estar presentes nas etapas de cominação e determinação da pena. A maioria dos autores tende a restringir a prevenção especial para a fase executória e, por isso mesmo, orientar as demais etapas com as finalidades gerais de prevenção e de retribuição. Sobre o tema: GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). **Lecciones de consecuencias jurídicas del delito**. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 45 e ss.

A conjugação dos diplomas legais enseja algumas reflexões, tendo em vista que o Código já havia postulado como finalidades da pena, e da execução como meio de aplicabilidade desta, as missões de retribuição e prevenção. Partindo da premissa de que a idéia de prevenção estatuída no diploma penal pode compreender tanto a especial quanto geral, parece lógico afirmar que a Lei de Execução trouxe uma mera repetição do critério de fixação da pena já descrito. Desse modo, haveria uma correspondência entre os dois textos legislativos. Assim, confeririam à pena uma dinâmica de retribuição (reprovação) e prevenção, geral e especial, tendo em vista serem estes os critérios de determinação punitiva formadores do elemento decisório da sentença. De todo o modo, a prevenção especial foi realçada, o que possibilita afirmar que é, sem prejuízo dos demais, o objetivo preponderante a ser buscado pelo Estado na fase executória.

Esta correspondência igualmente está sustentada pela afirmação legislativa de que a execução penal tem como finalidade cumprir as disposições da sentença. Isso significa salientar a imperatividade do cumprimento da norma de sanção nos padrões resultantes do juízo efetivado pelo magistrado. Deve-se realizar a decisão como ato de força autorizada. Há aqui uma espécie de transferência de critérios. Se a pena concreta é produto desta dimensão de finalidade, esta estará de algum modo realizada na dinâmica da execução.

A sentença, ao ser cumprida, não está resumida aos seus postulados objetivos da pena, mas à dimensão intencional, volitiva, representada na escolha em julgar deste ou daquele modo, de aplicar uma pena e não outra. Por esta razão, nos casos em que o magistrado decide e aplica a pena por meio de uma projeção preventiva, a assertiva realizada pela Lei de Execução no tocante à integração social do condenado é mais naturalmente concretizada. Privilegia-se, com mais ênfase, a etapa executória.

Uma outra interpretação é possível. Pode ser entendido que a idéia de prevenção estatuída pelo legislador no Código Penal não inclui a reintegração social, ou seja, está restrita à prevenção geral. Esta seria, ao lado da reprovação, o critério preventivo único. Neste caso, a execução transformar-se-ia em *plus*, já que teria de incluir, nesta etapa, uma finalidade da pena adicional àquelas que já são objeto de deliberação judicial quando do ato

condenatório. A execução deveria ampliar as finalidades da pena, buscando novas intenções além daquelas subjacentes à determinação. Far-se-ia, assim, uma concretização da prevenção especial através de instrumentos sedimentados pelos critérios de retribuição e prevenção geral.

Independentemente desta polêmica, merece destaque existir a determinação legal da prevenção especial positiva como elemento reitor da execução da pena. A dúvida tão-somente pode persistir se, além de ser critério da execução, também o é da fixação da pena. Mais do que isso, mesmo a admissão mais extensa da prevenção especial não esvazia a possibilidade de outras formas de prevenção no texto codificado. A depender da vastidão interpretativa, poderão ser acrescidas à sanção penal ainda outras metas, como a prevenção geral positiva (reafirmação de valores) e negativa (intimidação), bem como a prevenção especial negativa (neutralização ou segregação).

O casuísmo da legislação brasileira, acrescida à falta de estratégia político-criminal, rompe com qualquer coerência normativa no tocante à delimitação dos fins da pena. A própria Lei de Execução, não obstante ressalte a necessária reintegração social do condenado, traz situações de clara orientação preventivo-especial negativa. Um exemplo está contido em seu artigo 52, que, sob um fundamento de ordem e segurança, poderá submeter o indivíduo ao desumano tratamento conferido pelo Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). A possibilidade de inclusão do condenado ou do preso provisório em regime de recolhimento individual, visitas semanais de duas horas, duas horas diárias de banho de sol, no limite máximo de um sexto da totalidade da pena não apresenta qualquer característica de prevenção positiva, mas configura mecanismo notório de exclusão, paradigma perfeito da neutralização do delinqüente. A Lei, portanto, traz uma antinomia jurídica em si mesma.³⁵⁶

³⁵⁶ Esta antinomia dos fins da pena, tanto no âmbito do discurso legislativo quanto judiciário, poderia, em tese, ser explicada pela própria adoção da teoria mista. Na medida em que os fins da pena são retributivos e preventivos, o discurso jurídico pode estar legitimado de qualquer maneira, sem maiores precisões ou aprofundamentos. ROXIN ponderou, há anos, o problema da teoria mista também adotada na legislação alemã. Após apontar os defeitos das teorias vistas isoladamente, afirma o autor: “... *el intento de subsanar estos defectos yuxtaponiendo simplemente tres concepciones distintas tiene por fuerza que fracasar; ya que la mera adición no sólo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo. Los efectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican. Esto no es sólo inaceptable teóricamente, sino muy grave desde el punto de vista del Estado de Derecho. Si esta anomalía no se ha puesto de manifiesto más claramente aún en la práctica del Derecho, ello se debe a que los tribunales tienen ampliamente en cuenta las decisiones valorativas constitucionales y las exigencias de razón sociopolítica, sin aprovechar el ámbito de juego que se les ofrece por*”

A diferenciação feita pela nova redação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990),³⁵⁷ consistente na progressão diferenciada (abstrata e genérica) do regime, importa em mecanismo retributivo de aplicação da pena, eis que despreza a individualização do condenado como critério definidor do maior ou menor rigorismo no cumprimento da sanção.

Por fim, as legislações simbólicas de proteção à ordem tributária, ao sistema financeiro nacional, ao meio ambiente, além de muitas outras, apontam as finalidades da pena para um outro sentido. Elas criam um Direito penal da pena, no qual o delito aperfeiçoa-se muito mais como infração do dever do que como violação valorativa socialmente danosa. A sanção é um mecanismo coativo adicional, ou seja, um reforço jurídico. Isso resulta no fato de o sistema penal tributário, por exemplo, admitir a extinção da punibilidade pelo pagamento do valor sonegado. A finalidade da pena é o constrangimento. Esgota-se na ameaça que faz aflorar na mente do indivíduo um cálculo racional de custos e benefícios.

1.6 Referências Críticas: Fins Possíveis da Pena e Dogmática Penal

Após a análise dos discursos justificadores da pena, uma tomada de posição é preciso, a qual, inclusive, servirá para o desenvolvimento subsequente das relações entre as finalidades da sanção, a dogmática jurídico-penal e o conceito material de delito. A princípio, pode ser afirmado que a pena não apresenta uma única e exclusiva missão. Não existem obstáculos que impeçam imaginar um sistema criminal que utilize, por exemplo, a sanção preventiva de modo geral e especial. Esta diferenciação, aliás, seria resultado da divisão, em dois momentos, da valoração político-criminal. Além disso, resultaria da natural consequência do fenômeno criminal, tendo em vista que, ao mesmo tempo, está dirigido ao condenado e à sociedade. Nestes termos, a norma de conduta implicaria em finalidade

la teoría unificadora. Precisamente por ello, las cuestiones fundamentales jurídicopenales se discuten hoy en su mayoría sin relación con las teorías de la pena, que de ese modo amenazan perder su actualidad práctica." (ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. *Op. cit.*, p. 20).

³⁵⁷ A nova redação foi determinada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, a qual substitui a vedação completa à progressão do regime pela literalidade do §2º do artigo 2º: "A progressão do regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente."

preventiva diversa daquela da norma de sanção, fazendo com que a imperatividade e a coatividade, conjuntamente, ilustrem o aparato criminal em sua integralidade.

Diante das assertivas críticas apontadas anteriormente, importa ressaltar que a tarefa retributiva da pena não serve para justificá-la ou, dito de forma diferente, não pode atuar como finalidade a ser buscada. Esta premissa necessita de algumas ressalvas, sob o perigo de ser mal interpretada. Isso não quer dizer que a existência de um nível de retribuição não tenha importância dogmática. Evidentemente que esta existe, no entanto, a noção absoluta da pena, ao afirmar um grau de imperatividade característico do Direito, não pode ser capaz de gerar efeitos externos compatíveis com o Estado Democrático de viés social.

A postura retributiva contemporânea (idéia funcional retributiva) lapidou concepções já existentes na filosofia idealista. Este desenvolvimento derivou da dificuldade histórica em se conseguir estabelecer um grau de equivalência entre delito e pena. Esta relação pode ser dada em diversos níveis, já que a centralização dos males do crime na concepção da vítima pode ensejar uma reprimenda que repare somente a injustiça objetivamente percebida ou, até, alcançar os mais altos parâmetros de subjetividade.³⁵⁸ A centralização da pena nas mãos do Estado, uma vez enfeixada na ótica retribucionista, deve implicar na compensação pela violação do Direito, entendido como público e geral. Afinal, foi neste momento que o poder de punir transformou-se no Direito de punir, tornou-se jurisdicional.

Com isso, a idéia de igualdade entre crime e pena consegue ser estabelecida, por meio de um claro redimensionamento. O decisivo não é a característica externa dos fenômenos de delinquir e castigar, mas os conceitos ideais, como a noção de

³⁵⁸ GÜNTHER demonstra com clareza esta apropriação do Direito de punir pelo Estado em razão da impossibilidade de garantir a proporcionalidade em relações privadas, entre autor do ilícito e vítima. Afirma que historicamente ficou perceptível que a tendência destas relações particulares é não manter a equivalência entre o bem subtraído e aquele tomado a título de retribuição. O papel do Estado está em exatamente assumir para si esta conflituosidade. *“Na medida em que a demanda por reparação ultrapasse a fronteira da equivalência e se intensifica na forma de transferência de emoção do prejudicado para o delinquente, até se iniciar o círculo de vingança, surge um terceiro poderoso no cenário, que toma para si o papel de único responsável pela vingança e monopoliza todos os meios de violência. O direito de punir é tirado das mãos do prejudicado; o Estado detentor do monopólio da violência e responsável pela punição só pode conservar o seu poder se toma nas próprias mãos a perseguição e punição do crime... A vítima é afastada da perseguição e execução penal, ela é marginalizada.”* (GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. Tradução Flávia Portella Püschel. In: **Revista Direito GV**. V. 2. nº 2. São Paulo: jul.-dez., 2006, p. 191).

liberdade de HEGEL ou de reafirmação contrafática da expectativa normativa. Estas dimensões verdadeiramente existem, tendo em vista que parece ser inegável que a pena representa a imperatividade do Direito em detrimento de sua violação. Entretanto, uma preocupação com fins sensíveis e sociais da pena, comprometida com um conceito material de delito, não pode se resumir a este panorama. A sanção criminal, em face da violência que significa, não pode estar justificada como símbolo. Nesta construção, a pena é “... *reduzida a um mero ato performativo que deve transmitir um conteúdo proposicional.*”³⁵⁹

Este conteúdo, para ser transmitido, não precisa articular a pena especificamente em direção a esta meta. A adoção das teses preventivas, tanto nas categorias da antijuridicidade quanto na culpabilidade, já proporcionam, ao permitirem a punição, que a mensagem de violação ao Direito seja naturalmente transmitida. Esta comunicação é espontânea ao ato de punir, ainda que sua finalidade não seja esta. Trata-se da retribuição pela prevenção. Do contrário, chegar-se-ia ao absurdo de enxergar na prevenção, em qualquer de suas modalidades, uma benesse, esquecendo-se de toda coatividade e reprovação que lhe é natural como algo forçado, que se impõe contra a vontade do indivíduo.³⁶⁰

Uma outra consideração é essencial. Se a punição estivesse esgotada na retribuição e nesta justificativa de comunicação de validade do Direito, a pergunta de GÜNTHER teria todo o sentido: “*Uma injustiça deve ser negada publicamente, a norma violada deve ter a sua validade confirmada e reforçada – mas por que poderia tal objetivo ser atingido por meio do mal da pena? Não existem meios mais brandos e talvez até mais eficientes de comunicação?*”³⁶¹

Esta pergunta possui claramente uma resposta positiva. De fato, demais meios de reprovação jurídica podem alcançar este mesma meta. Não há como dizer que a

³⁵⁹ *Ib.*, p. 192.

³⁶⁰ Esta ponderação é perfeitamente realizada por HASSEMER, ao tratar do problema da ressocialização: “*Ressocialização na execução penal não é apenas ajuda, mas sim, primeiramente, coação; ela é intervenção. Para o indivíduo atingido, o caráter coercitivo da ressocialização na execução penal até passaria ao primeiro plano. O tempo que ele necessita para sua melhora lhe será retirado contra sua vontade por força da execução penal conduzida pelo estado. Na maioria dos casos, o condenado poderia querer empregar seu tempo de outra maneira que não no tratamento para sua cura no sistema penitenciário.*” (HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política.** *Op. cit.*, pp. 234-235).

³⁶¹ GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. *Op. cit.*, p. 193.

imposição de uma indenização civil não sinalize a desaprovação jurídica do autor do dano. Também uma multa administrativa aponta para o desrespeito normativo. Por esta razão, a reafirmação da norma pode, além das demais, ser feita pela sanção penal, todavia a sua máxima violência pressupõe maiores exigências sociais, maior responsabilidade nas conseqüências.

Conforme inicialmente salientado, a retribuição continua fazendo parte da teoria do delito, principalmente no tocante à importante noção de proporcionalidade entre pena e bem jurídico. Esta relação de proporcionalidade estará presente no conceito de merecimento de pena, na medida em que permite que as infrações de deveres que consubstanciam as normas de comportamento sejam interpretadas de modo teleológico e de acordo com a constituição. Mais ainda, o merecimento de pena pode implicar até na anulação do tipo, na declaração de sua inconstitucionalidade pela desproporção de sua pena. Senão bastasse, a proporcionalidade se faz presente, ainda, no conceito de necessidade em sentido amplo, ou seja, exerce influência preponderante nos elementos da culpabilidade, especialmente no tipo culpável e na consciência do ilícito. Os aspectos de retribuição, então, funcionam como limite máximo para a pena, ainda que a finalidade desta deva obedecer ao ideário preventivo.

Esta meta preventiva será diferente nas etapas do merecimento (antijuridicidade) e da necessidade (culpabilidade) de pena. Esta diferenciação exclui de suas considerações qualquer aceitação de um sistema penal que tenha como meta a prevenção geral negativa (intimidação). A própria Constituição Federal, ao postular a cidadania e a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito já poderia impedir esta instrumentalização do indivíduo. Há, ainda, razões dogmáticas para este repúdio. Em primeiro lugar, a perspectiva de intimidação, para ser coerente, deve estar presente na norma de conduta, na norma de sanção e na execução penal. Isto porque não haveria coerência alguma em intimidar com a cominação da pena. A equivalência entre condenações e rigidez executória, se inexistente, rapidamente colocaria em descrédito a ameaça generalizada existente no injusto típico.

Em segundo lugar, a versão intimidatória da pena é desenfreada, ilimitada e incompatível com a proporcionalidade que está presente na dogmática. Não existem limites

para intimidar, pois todas as violações jurídicas atuariam como argumento de maior incremento punitivo. Assim, a intimidação tende, inclusive, a graduar as penas e os delitos não por critérios de gravidade, mas sim pela intensidade da demanda por prevenção. Um crime não é mais apenado que outro por razões de gravame, mas por sua maior ocorrência. Esta teoria seria capaz de sustentar incoerências legislativas, como a maior punição de lesões corporais culposas no trânsito do que dolosas em geral. No caso brasileiro, estaria justificada esta postura pelo fato dos constantes acidentes devidos à imprudência de motoristas. A demanda por prevenção transforma-se, assim, no único critério.³⁶²

Por fim, a pena intimidatória não tende a concretizar qualquer Direito penal do delito, esquecendo-se de todo o valor que deve estar detrás da imperatividade da norma jurídica; fomenta tão-somente uma suposta dinâmica de custos e benefícios. Esta situação, inclusive, aponta a grande dificuldade de confirmar, cientificamente, a real existência deste efeito de intimidação. O máximo que se verifica é uma “... *adaptação oportunista...*”³⁶³ que não persuade o cidadão a agir conforme o Direito, mas a se esquivar das instâncias de controle formal.

Por esta dubiedade a respeito dos efeitos de intimidação é que se pode até admitir precariamente a sua existência. Entretanto, esta consideração está no mundo do ser, jamais do dever-ser; o sistema penal eventualmente se aproveite desta consequência ou

³⁶² Uma consequência desta crítica também é feita por GÜNTHER: “*Se ilícitos culposos ocorrem com maior frequência e provocam danos maiores do que os ilícitos dolosos, então estes deveriam ser punidos de forma mais branda do que aqueles. No entanto, na medida em que penas preventivas se afastam da conduta e da culpa do autor do ilícito, para criar apenas efeitos intimidatórios, elas se tornam injustas em relação a ele.*” (GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. *Op. cit.*, p. 193). No caso brasileiro, esta consequência está demonstrada pelo cotejo das penas de detenção de três meses a um ano previstas no crime doloso do artigo 129 do Código penal (lesão corporal), as penas de detenção de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor previstas no crime culposo do artigo 303 do Código de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997).

³⁶³ Importante a consideração de GÜNTHER: “*Até o momento não existe certeza de que a pena tenha realmente um efeito intimidatório. Os que estão convencidos disso normalmente transferem experiências sociais próximas, do cotidiano familiar e da socialização de crianças para o âmbito da pena estatal. Famosos são, no entanto, os exemplos contrários, os batedores de carteira, que podiam sempre registrar seus maiores sucessos roubando espectadores que acompanhavam como o olhar fixo os martírios em execuções públicas. A comparação entre os Estados norte-americanos com e sem pena de morte não permite reconhecer que penas mais severas tenham um maior efeito intimidatório. Abstraindo-se disso, a pedagogia e a pesquisa na área de psicologia do desenvolvimento moral mostram que medo e horror são maus professores. Eles resultam, quando muito, em uma adaptação aparente, em um comportamento oportunista e ocasional de contornar ou esquivar-se da norma.*” (Ib., p. 194).

externalidade que produz. O que não pode é orientar-se por meio desta finalidade. O fator intimidatório deixa de ser um problema jurídico, sai da esfera de preocupações dogmáticas; o conceito material de delito não concebe a sua construção racional por meio deste parâmetro.

A meta preventiva existente na cominação da pena, em abstrato, está baseada na noção preventiva geral, ainda que não devesse descuidar totalmente do caráter especial. Obviamente, em ambos os casos, fala-se da modalidade positiva. Para evitar um Direito penal simplesmente da pena, não há como fugir da adoção de um conceito de pena na norma de conduta que tenha como referência a dimensão axiológica. Na sociedade moderna, nas quais os contatos são anônimos e reproduzidos em muito pela instância jurídica, parece ser irrefutável que a sanção criminal, em sua existência em quanto ameaça, tem a missão de manter a coesão social, o compartilhamento de certos valores, a garantia de que determinadas condutas são inaceitáveis.

Este posicionamento é diferente do comumente apresentado pelos funcionalistas. Uma primeira diferenciação está na preocupação com o conteúdo da norma. As relações intrínsecas ao conceito de merecimento estabelecem um nexó dialógico entre prevenção geral positiva e bem jurídico, enquanto realidades valiosas. Não se busca um modelo como o de JAKOBS, onde a auto-referência jurídica está admitida para todo e qualquer tipo de ordenamento, independentemente da matéria específica de proibição. A exigência a respeito da existência de um bem jurídico com relevância penal já exclui do complexo normativo penal uma série de comportamentos. Mais ainda, não se pode olvidar da violência consistente na ameaça de pena. Esta tem o condão de ceifar a liberdade de comportamento dos cidadãos, o que, por si só, sustenta sua utilização como *ultima ratio* de intervenção.

Esta afirmativa ou intencionalidade limitadora, por meio do bem jurídico, sofreria, seguramente, todas as críticas por parte daqueles que são céticos em relação à capacidade de rendimento deste conceito. Para refutar estas objeções potenciais, é preciso salientar que o bem jurídico não está sozinho nesta tarefa, ao seu lado está a compreensão da pena como ameaça violenta, sua restrição aos consensos relevantes e, mais ainda, a exigência da proporcionalidade e adequação. A compreensão de toda esta gama de ferramentas de

limitação encontra-se reunida no merecimento de pena, justificando, na mesma medida, a elaboração desta categoria.

O legislador, ao cominar as penas, busca a reafirmação de um valor socialmente vigente, alçando-a à condição de penalmente protegido. Mas poderá fazê-lo se aquela limitação geral de liberdade for imprescindível e minimamente consensual. Acrescenta-se que a ocorrência da violação precisa guardar uma proporcionalidade de violência com a pena. A cominação deve ser adequada, reduzir o número de ocorrências que se verificaria sem a existência da norma.

Uma segunda diferença das posturas funcionalistas, e significativamente decisiva, é que a prevenção geral está restrita à cominação, apresentando pouquíssima importância para o juízo de valor da norma de sanção. A culpabilidade não está baseada em critérios gerais. A postura funcional, tanto de cunho retributivo como preventivo, aponta, diferentemente, a realização destes fins da pena em sua fixação e execução. ROXIN, com sua teoria da prevenção integradora, afirma que os efeitos de confiança e pacificação da consciência jurídica transmitidos pela pena ocorrem quando o cidadão percebe que o Direito se aplica.³⁶⁴ Dessa ponderação, facilmente conclui-se que as metas de prevenção pressupõem a execução da pena, ou seja, coloca-se em uma etapa ainda mais para além da norma de sanção.

Esta postura, aliás, pode ser vista na própria gênese do pensamento funcional. Ao indagar a respeito dos efeitos sociais da pena, DURKHEIM já extraía sua tarefa de manter a coesão social, de outorgar vitalidade à consciência coletiva. Esta missão não estava exclusivamente subjacente à norma de conduta, mas se aperfeiçoava com a execução da pena, com a resposta estatal efetiva ao se confrontar com o crime. Daí resulta o crime, em padrões quantitativos razoáveis, ser considerado normal, até positivo em certo aspecto, tendo em vista que poderá acionar a sanção e integrar a sociedade, “... *reativar e reestabilizar a consciência coletiva*.”³⁶⁵

³⁶⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. *Op. cit.*, pp. 91-92.

³⁶⁵ GÜNTHER faz interessante descrição do pensamento de DURKHEIM e as fórmulas incipientes da prevenção geral positiva. “... *o crime é decididamente necessário para a integração da sociedade, já que é apenas por meio*

Na forma aqui proposta, as metas de prevenção geral positiva são bem menos ousadas. Trata-se apenas de demonstrar à sociedade que os comportamentos proibidos pelo Direito significam afrontas aos valores sociais vigentes, bem como que a incidência destes comportamentos, quando percebida, importará na desaprovação estatal e na imposição de conseqüências sancionatórias. A prevenção está colocada no sentido informativo, persuasivo, destinado a convencer, pela racionalidade dos valores que sustentam o imperativo, o cidadão a abster-se das infrações.³⁶⁶

No tocante à norma de sanção, a finalidade da pena é diversa. A determinação concreta da reprimenda está baseada em critérios de prevenção especial positiva, com um mínimo resquício de prevenção geral positiva e pragmática. A coatividade do Direito penal e o conceito de necessidade de pena não podem, pois, se desligar de uma postura sancionatória individualizada. A pena será aplicada quando imprescindível, nos limites necessários, para a inserção do indivíduo na comunidade. Esta é a razão pela qual surge um problema adicional na norma de sanção. Além de estar vinculada ao juízo político-criminal da culpabilidade, possui toda a dimensão da determinação da pena, enquanto conjunto de regras destinadas a nortear o magistrado na escolha da punição concreta.

A prevenção especial positiva é, por certo, aquela que melhor se coaduna com o Estado social, dado que consegue, como nenhuma outra, entender a própria sociedade como criminógena, como propulsora do delito. Ela insere a temática da responsabilidade compartilhada, na medida em que não enxerga a vontade do infrator por meio de uma visão

do teatro penal que ela consegue reativar e reestabilizar constantemente sua própria consciência coletiva. Caso contrário, as normas e valores comuns cairiam no esquecimento, tornar-se-iam frágeis, individualizados e privatizados e sua influência na determinação de comportamentos tornar-se-ia cada vez mais fraca. Ao final, haveria o risco de desintegração da sociedade. Isso vale especialmente para sociedades modernas, organizadas pela divisão do trabalho. Nessas sociedades, a solidariedade orgânica dominante apóia-se principalmente em cooperações convencionadas contratualmente." (GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. *Op. cit.*, p. 194).

³⁶⁶ A idéia de prevenção geral aqui defendida é semelhante àquela postulada por MIR PUIG: "... un Estado democrático há de apoyar su Derecho penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad. La fuerza de convicción de de un Derecho penal democrático se basa en el hecho de que sólo usa de la intimidación de la pena en la medida en que con ella afirma a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible de las minorías." (MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 38).

maniqueísta, de bem contra o mal, de cidadãos respeitadores da lei, por um lado, e criminosos ou delinquentes, de outro.³⁶⁷ GÜNTHER, ainda que tecendo críticas em relação à eficácia da prevenção especial, se vê obrigado a concluir que, de todas as opções político-criminais, a ressocialização é a única que pode apresentar uma justificativa racional. É o melhor meio, de longo prazo, para alcançar um futuro de menos criminalidade.³⁶⁸ Não se trata de uma boa ação ou de tolerância excessiva, mas sim de uma política social ampla, na qual o controle do crime, a política-criminal, é um dos seus tentáculos.³⁶⁹

A defesa da função de prevenção especial da pena não nega, conforme já salientado, a existência de outros efeitos. A operacionalização do sistema criminal, por si mesma, impõe uma série de consequências à aplicação da sanção penal. Há a estigmatização do condenado por meio de conceitos como reincidência e reabilitação; os efeitos da condenação, em alguns casos, atuam como verdadeiras penas; a aplicação de medidas substitutivas penais ou processuais importa na atribuição forçada de deveres e constrangimentos. Portanto, é o conjunto da obra da resposta penal que, definitivamente, não se resume ou restringe àquelas modalidades previstas ao final de cada tipo incriminador da parte especial.

³⁶⁷ Esta consideração da prevenção especial no marco do delito como fato social também está apontada em MUÑAGORRI LAGUIA: *“La consideración del delito como un hecho social, no sólo individual, y el necesario marco social en el que se produce la finalidad preventiva, lleva a plantear, con una consideración sociológica del tratamiento, el problema preventivo en la búsqueda y articulación de sanciones que puedan sustituir a la tradicional de privación de libertad y que contengan una mayor capacidad preventiva.”* (MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. **Sanción penal y política criminal: confrontación con la nueva defensa social.** Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977, p. 133).

³⁶⁸ Nas palavras do autor: *“Aceitar as necessidades do preso não é, portanto, um fim em si mesmo ou uma pretensa boa ação feita por uma mal compreendida compaixão por malfetores, mas condição para uma mudança duradoura da atitude e comportamento do delinquentes. De todas as opções que uma sociedade tem para reagir à criminalidade, a ressocialização bem-sucedida é na verdade a única que se pode justificar racionalmente.”* (GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. *Op. cit.*, p. 198).

³⁶⁹ Parece inegável que a prevenção especial tem nítido caráter instrumental, sempre baseado na racionalidade específica do final do século XIX, e boa parte do século XX. Esta racionalidade é, inclusive, o ponto fundamental da crítica ao pensamento absoluto da pena. Além disso, também o ponto de partida da crise de ceticismo que viveu e vive esta modalidade, principalmente em face da noção terapêutica, quase medicinal, que assumiu em algumas formulações. Esta relação cética por conta da contradição entre empirismo e finalidades perseguidas é assim descrita: *“Pero, como es claro, tal racionalidad dependía de la demostración empírica de la pena como medio adecuado al fin del Derecho Penal. Este es el punto en el que la mayoría de los autores no ocultó un cierto escepticismo respecto de la obtención de la resocialización mediante una ejecución penal puramente terapéutica.”* (BACIGALUPO, Enrique. **Hacia el nuevo derecho penal.** *Op. cit.*, p. 34).

Todo este conjunto da obra deve ser visto globalmente. Mas, não se está dizendo aqui que não podem ser tecidas considerações acerca das penas individualizadas; contudo o Estado, ao buscar determinados fins para a sanção, precisa conhecer todos os instrumentos que possui e fazer uma utilização racional deste todo decomponível. O que se conclui é que o conceito de necessidade de pena deve ser responsável por excluir da incidência da sanção concreta aquelas situações onde as modalidades punitivas não serão capazes de cumprir qualquer capacidade preventiva especial. Exemplo disso está no potencial do conceito em justificar a não-aplicação de pena para o estado de necessidade exculpante ou a legítima defesa com excesso.

No entanto, esta relação entre necessidade de pena e função preventiva especial não fica estagnada neste ponto. Até aqui, o que ocorreu com o conceito de necessidade foi atestar a existência ou não do delito, um sim ou não para o crime. A idéia da necessidade, em sentido estrito e amplo pertencentes à culpabilidade, deverá atuar na determinação judicial da pena. Aqui, sua tarefa não é binária, de dizer sim ou não, mas de graduar, permitir espaços de questionamentos político-criminais ao magistrado. Mais uma vez, aqui reside um forte procedimento de individualização, que não enxergue na aplicação da pena uma medida de segregação ou tratamento, mas de oferta, ainda que na adversidade, de oportunidades sociais, de redimensionamento da maneira pela qual o agente se insere na sociedade capitalista.

Esta problemática será retomada mais adiante. Cumpre apontar uma constante objeção que é feita à adoção irrestrita da tese preventivo-especial. O questionamento coloca-se a respeito da impossibilidade de justificar a punição ao criminoso ocasional, e nestes casos, haveria sempre desnecessidade de pena. Para evitar este problema, foi apontado que na norma secundária existe um resquício de prevenção geral, de cunho nitidamente pragmático. Nos casos em que o agente não necessita de oportunidades sociais, não precisa de uma política criminal que faça parte de política social mais ampla, a pena estará, em seu mínimo previsto

em abstrato (merecimento mínimo), justificada para evitar o “... *vigilantismo*...”³⁷⁰ da sociedade.³⁷¹

Portanto, a pena é um mal menor se comparado ao retorno à realidade da autotutela, onde o limite da punição é a fúria da vítima ou da sociedade ao subjugar o delinquente. A pena, ao funcionar como um substitutivo da reação privada, cria um fosso de proteção entre a vítima e terceiros, de um lado, e o autor do ilícito penal, de outro.³⁷² Nos casos onde ela está justificada pela prevenção especial, este efeito pragmático encontra-se como uma externalidade adicional, como, eventualmente, pode existir a prevenção geral negativa. Esta consequência pragmática, contudo, assume local de protagonismo quando inexistente a premissa da prevenção individual, o que, é necessário admitir, apresenta semelhanças com uma espécie de retribuição orientada às consequências.

Algumas conclusões são extraídas desta tomada de posição. Primeiramente, quando da edição da norma de conduta (antijuridicidade) o legislador está pautado por finalidade preventivo-geral positiva, de modo a reafirmar o valor por trás da imperatividade jurídica. A pena deve estar justificada e limitada pelo conceito de merecimento, antevendo aspectos quantitativos e qualitativos que posteriormente sejam coordenados com os ideais de prevenção especial. Em segundo lugar, no tocante à norma de sanção (culpabilidade), a finalidade da pena é preventivo-especial positiva, admitindo-se,

³⁷⁰ Expressão utilizada por GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena II. *Op. cit.*, p. 138.

³⁷¹ Alguns autores apontam as transformações que vem sofrendo a vertente especial da pena nos últimos anos, principalmente nos delitos ambientais, econômicos e de trânsito, nos quais os autores não necessitam propriamente de uma ressocialização. Inicialmente a pena de multa ganhou muito destaque neste campo, sendo, posteriormente, agregada a formas diferenciadas de privação de liberdade, principalmente aquelas de curta duração. Este aspecto, de acordo com ZIPF, implica no relevo da perspectiva de contenção especial de determinados impulsos. Vide: ZIPF, Heinz. Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena de la prevención especial y de la prevención general. Tradução Miguel Polaino Navarrete. In: POLAINO NAVARRETE, Miguel (Coord.). **Estudios jurídicos sobre la reforma penal**. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1987, pp. 87-88.

³⁷² Esta é a consideração de GÜNTHER: “A partir desse prognóstico, a pena seria necessária para a manutenção da paz jurídica. Mesmo que não seja possível legitimar a pena diretamente, e que ela não atinja o objetivo desejado nem com relação ao delinquente, nem com relação a terceiros, ela cria um fosso de proteção entre os impulsos de autotutela da vítima e dos terceiros revoltados, de um lado, e o autor do ilícito penal e de seus parentes, do outro lado. A pena protegeria a sociedade justamente da volta à situação desgastante e sem saída de contínuos conflitos sangüinários e de aumento gradativo de ações de vingança, terminando por meio da troca do direito de autotutela pela pretensão punitiva estatal. A pena protege o criminoso de uma necessidade de punição não apenas da vítima, mas também da sociedade, que de outro modo cresceria descontroladamente.” (GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena II. Tradução Flávia Portella Püschel. In: **Revista Direito GV**. V. 3. nº 1. São Paulo: jan.-jun. 2007, p. 138).

como elemento de correção, hipóteses de aplicabilidade da reprimenda sob o discurso de efeitos pragmáticos. Trata-se do ideal da necessidade de pena. Por fim, o conceito de merecimento e, particularmente, o de necessidade voltarão a ordenar as valorações político-criminais na determinação judicial da pena. Neste caso, não estarão funcionando como conceitos de inclusão ou exclusão de comportamento no universo delitivo, mas cuidarão de graduá-los, de modo com que a reprimenda seja a mais adequada para os fins postulados.

2 CONCEITO MATERIAL DE DELITO

2.1 Razões do Conceito

As pesquisas interessadas na busca de um conceito material de delito são, em regra, comprometidas com a limitação do sistema criminal. Duas observações críticas do cenário contemporâneo são suficientes para justificar a busca pela redução da abrangência do Direito penal ou, em outras palavras, pelo aumento de suas zonas jurídicas de indiferença. Um primeiro aspecto são as facetas mais sociais do problema, no qual são necessárias algumas poucas considerações, tendo em vista a notoriedade do assunto. Em segundo lugar, anotações dogmáticas também são relevantes, desde que compreendam as conexões entre o conceito material e os elementos do delito, além das finalidades da pena.

A admissão de um conceito político de crime, cujo encargo da definição de conteúdo fica inteiramente atribuído ao legislador, sinaliza ser, em boa parte, o atual responsável pela expansão do Direito penal. Na medida em que inexiste limitação qualitativa para os comportamentos que podem ser convertidos em crime, o paradigma do sistema penal altera-se sobremaneira. A lógica da punição, enquanto resposta racional à prática delitiva, cede espaço para uma espécie de lógica da segurança. Nesta, todo e qualquer modelo de comportamento indesejado alcança o grau da tipicidade. A pena adere ao puro caráter de segregação, de exclusão de determinadas pessoas, a fim de que a sociedade possa ver-se, real ou falsamente, segura.

Todo este movimento tem como um importante lastro a sociedade da informação, na qual a mídia possui impressionante poder de reverberar a criminalidade e, em consequência, transmitir e emplacar no seio comunitário a sensação de insegurança.³⁷³ O medo do delito, aliás, curiosamente nem sempre está acompanhado de um efetivo aumento da criminalidade, o que demonstra, acima de tudo, a existência de um fenômeno cultural que se despreza das ocorrências concretas, sendo a percepção social do crime apenas de forma

³⁷³ Alguns aspectos da modernidade e da relação entre risco e segurança ontológica: GIDDENS, Anthony. **As Consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, pp. 115 e ss.

mediata vinculada com a sua real materialidade. Trata-se de uma emotividade social, de um desejo pela pena, de uma demanda subjetiva por punição, proporcionadas, de algum modo, por um “... *circuito de amplificação político-publicístico.*” ³⁷⁴

Neste contexto, a pena privativa de liberdade, por exemplo, parece ganhar um novo e revigorado fôlego. No Brasil, os aumentos das taxas de encarceramento são superiores aos da criminalidade.³⁷⁵ Paralelamente, os esforços do Poder Público em garantir um regime prisional minimamente digno são extremamente débeis, tendo em vista que a preocupação reside na construção de novos estabelecimentos, com a finalidade de permitir o acréscimo, ainda maior, de indivíduos na população carcerária. A pena, enquanto meio para obtenção de um fim, deixa de ser problematizada, tendo em vista que, para segregar, excluir, neutralizar, nada mais parece ser necessário do que muros, grades, agentes e uma legislação executória mais severa que confira maior discricionariedade à administração. Nestes termos, a sanção transforma-se em uma “... *tecnologia social adequada para perseguir todas as finalidades de controle.*” ³⁷⁶

Esta utilização do Direito penal de modo desenfreado já seria suficiente para justificar a busca de um conceito material de delito. Mas este conceito encontra extremas dificuldades acadêmicas, tendo em vista, inclusive, o ceticismo acerca de sua existência. Não obstante a dificuldade de encontrá-lo, bem como a sua limitada capacidade de rendimento para

³⁷⁴ A expressão é de KLAUS GÜNTHER, o qual salienta, ademais, a incoerência do discurso em favor da pena e a própria capacidade deste em cumprir a missão de controle da criminalidade: “*Entre a demanda subjetiva por punição e a verdadeira eficácia da pena existe um fosso semelhante ao que há entre a real ameaça representada pela criminalidade e o medo subjetivo que ela provoca. Apesar de todas as evidências de que a pena é eficaz em muitos sentidos, porém muito pouco eficaz na busca da diminuição ou eliminação da criminalidade, a confiança na pena permanece virulenta e persistente. Tem-se quase a impressão de que à demanda por punição não importa a contradição entre os supostos e os verdadeiros efeitos da pena, ou mesmo efeitos de qualquer tipo, insistindo apenas na sua mera satisfação, por meio da execução da pena.*” (GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. *Op. cit.*, p. 189).

³⁷⁵ Apenas a título exemplificativo, podem ser citados os números fornecidos pelo sistema de informação prisional (INFOPEN) do Ministério da Justiça. Em novembro de 2000, o Departamento Penitenciário Nacional apontava uma população carcerária brasileira (entre presos provisórios e definitivos) de 232 755 pessoas. Cerca de 7 anos depois, em dezembro de 2007, este número subiu para 422 590 pessoas. Pode ser dito, portanto, que neste intervalo de tempo a população prisional praticamente duplicou. No Estado de São Paulo houve fenômeno semelhante. Durante o período de dezembro de 2003 e dezembro de 2007, a população carcerária saltou de 99 026 para 141 609 pessoas. Ao mesmo tempo, de acordo com os dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, o número de ocorrências policiais registradas no 4º trimestre de 2000 foi de 441 696, enquanto no 4º trimestre de 2007 foi de 492 990 ocorrências.

³⁷⁶ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *Op. cit.*, p. 111.

frear o avanço penal, entende-se que FRISCH está com dupla razão. Em primeiro lugar, ainda que o conceito material de delito não possa oferecer limites dedutivos e precisos, ele proporciona aproximações diferenciadas, tendências, argumentos que justifiquem a crítica jurídica de construções legais duvidosas ou inconsistentes.³⁷⁷ FRISCH também está com a razão quando confirma que a existência do conceito é possível cientificamente, não devendo ser totalmente relegado ao universo político aquilo que está diretamente afeto ao universo normativo.³⁷⁸

Diante disso, a meta de se buscar um conceito material de delito racionalmente resulta da própria Constituição. Afirmam JESCHECK e WEIGEND que, no instante em que a Carta Política garante a liberdade geral de comportamentos, a pena criminal, como máxima expressão de força, apenas pode ser aplicável aos casos de máxima necessidade, isto é, para assegurar os graus de intensa indispensabilidade na convivência das pessoas em comunidade.³⁷⁹ A doutrina sempre encontrou severas dificuldades de estipular o conceito, até por razões próprias do estudo do Direito.

Na opinião de FRISCH, o estudo do conceito material de delito sempre se viu apartado das preocupações referentes aos elementos do delito. Estes últimos aparecem freqüentemente como um problema nitidamente dogmático, onde os seus conteúdos devem ser estabelecidos em conjunto com as suas respectivas conexões. Assim, é feita uma elaboração tecnicamente pormenorizada, a fim de colocar em destaque as engrenagens dos pressupostos de imposição da pena. Ao contrário, o conceito material de delito enceta outra série de discussões, as quais raramente são tidas como questões essencialmente dogmáticas.

³⁷⁷ Afirmar FRISCH: “... las consideraciones sobre el concepto material de delito no permiten efectuar una derivación de la noción de injusto penal en sentido estricto, sino que tan solo aportan topoi cuya capacidad de rendimiento es limitada. Pero sería erróneo, como ya se ha dicho, que a consecuencia de esta limitada capacidad de rendimiento del concepto material de delito este se rechace y se acabe abandonando todo a la política.” (FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *Op. cit.*, p. 199).

³⁷⁸ Acerca do esgotamento do conceito de delito no universo político FRISCH faz as seguintes objeções: “En todo caso, es problemático dejar en manos de la política el ámbito de los problemas jurídicos por el hecho de que la adopción de un determinado concepto no permita operar científicamente. Un etiquetamiento de este tipo amenaza con ocultar que también en el ámbito jurídico subsiste la posibilidad de utilizar métodos objetivos, si bien más débiles, de argumentar racionalmente, de construir estructuras valorativas, etc., posibilidades que no deben quedar fuera del juego a la hora de hallar una solución adecuada de los problemas. Además, provoca el peligro de que desde la perspectiva científica – dado que se trataría de cuestiones exclusivamente políticas – nos despreocupemos de los problemas de los métodos objetivos, los argumentos racionales, etc. Dudo mucho que el Derecho deba seguir este camino.” (FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *Op. cit.*, p. 198).

³⁷⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal:** parte general. *Op. cit.*, p. 54.

Costumeiramente, estão sediadas nos umbrais da Teoria do Direito, da Política Jurídica e da Filosofia do Direito.³⁸⁰

Por esta razão sectária, a sistemática teleológica proporcionou a possibilidade de unificação destes discursos, desde que estabelecidos os conceitos da teoria do delito de maneira comprometida com a sua própria limitação. Se está, pois, justificando a importância de toda a construção vista da teoria do delito em consonância com a teoria das normas, o que permite saltar aos olhos os questionamentos político-criminais existentes detrás destas estruturas.

A expansão do Direito penal contemporâneo aciona um efeito reverso: a tentativa acadêmica de sua contração. O melhor enfoque para esta limitação é o instrumento do Direito penal, qual seja, a(s) finalidade(s) da pena, vista como meta e barreira da utilização do sistema criminal. Os conceitos de merecimento e necessidade de pena ganham um relevante papel normativo neste cenário; é por meio deles que se infiltrarão nas decisões de ameaçar e punir as razões últimas de se aplicar a pena e, igualmente, da operacionalização racional da violência.

2.2 Dimensão Jurídica e Política do Conceito

A dificuldade da elaboração de um conceito material de delito deriva, principalmente, da problemática de se impor limites ao legislador, o que, para alguns, dependeria sempre da admissão de determinados preceitos ou valores pré-jurídicos, ao menos no sentido do Direito positivado. O que ocorre frequentemente são constatações conceituais do delito no pleno meramente formal. Um exemplo recorrente desta perspectiva é o próprio princípio da legalidade, reconhecido e consagrado nos sistemas penais ocidentais. Um conceito formal de delito, todavia, cumpre somente uma parcela de limitação necessária à violência do marco criminal. Como assevera KUHLEN, tais definições conseguem impor

³⁸⁰ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *Op. cit.*, p. 193.

fronteiras ao aplicador do Direito, mas jamais àquele que o formula em abstrato.³⁸¹ Desta feita, um conceito material, ainda segundo o autor, deve ser independente do Direito positivo.³⁸²

Não parece ser fácil estruturar um modelo de sistema criminal que realize uma conferência da dimensão jurídica por meio de conceitos pré-jurídicos, até porque estas premissas não-jurídicas estariam praticamente sediadas no âmbito ideológico, o que teria a possibilidade de encontrar no discurso político um componente também ideológico, porém conflituoso. Em outras palavras, a opção pela criminalização de certos comportamentos não deixa de ser uma eleição livre, dentro da qual podem se digladiar concepções valorativas diversas.³⁸³ Por fim, uma deve prevalecer e, atualmente, os argumentos a favor da expansão do Direito penal demonstram-se, do ponto de vista dos resultados produzidos, bem mais convincentes.

A história igualmente não sugere muitas vantagens para a solução do impasse mediante concepções metafísicas, afinal, o próprio desencantamento do mundo já foi responsável por abalroar todas as bases do jusnaturalismo tradicional. Não rende muitos frutos a tentativa de se vislumbrar no universo imutável, imemorial e divino as bases últimas de justificação da conversão de um determinado comportamento em delito. Este não parece poder buscar suas razões em realidades etéreas, vagas, mas sim no próprio fenômeno político. O fenômeno político, entretanto, não é ilimitado no que tange às suas opções político-criminais, ele está restringido por outras decisões políticas anteriores, as quais se convertem em barreiras normativas.

Por conseguinte, as limitações político-criminais derivam da própria política primeira do Estado, isto é, a opção por um modelo de organização social, positivado, juridicamente, por meio da Constituição Federal. As escolhas políticas, uma vez trasladadas ao

³⁸¹ A sentença de KUHLEN a respeito da limitação parcial do conceito formal de delito está descrita nos seguintes termos: “*El concepto formal de delito (más exactamente, la proposición según la cual sólo en virtud de delitos en sentido formal puede imponerse una sanción) ofrece una importante limitación para quien aplica el Derecho, a quien corresponde en el caso concreto imponer la sanción. Por el contrario, dicho concepto no ofrece evidentemente ninguna barrera para el legislador que decide definir ese Derecho positivo.*” (KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material del delito?. *Op. cit.*, p. 130).

³⁸² *Ib.*, p. 130.

³⁸³ Aqui, uma vez mais, abre-se o espaço a criminologia, principalmente para os posicionamentos denominados críticos: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. *Op. cit.*, pp. 327 e ss.

campo jurídico, cerceiam alguns espaços das decisões subseqüentes. O Direito é o responsável por esta mediação: limita o poder através de decisões jurídicas deste mesmo poder. Em suma, a dimensão política cria seus impedimentos na medida em que se converte em Direito, ganhando certa e relativa autonomia.

Dois exemplos diretamente ligados ao conceito material de delito podem demonstrar esta afirmação. Uma primeira verificação desta autolimitação política pela dimensão jurídica (política jurisdicizada) está na relação entre modelo de Estado e as finalidades da pena criminal. MIR PUIG foi um dos penalistas que, com mais rigorismo e clareza, soube visualizar esta questão.

O penalista espanhol constata que o modelo de Estado adotado deve servir de suporte valorativo para os pilares em que gravita o sistema de Direito penal.³⁸⁴ Com isso, pode ser salientado que a desconsideração destes fatores criaria um sistema jurídico contraditório, racionalmente pouco compreensível. Um Estado de traço marcadamente liberal, lastreado na diminuta intervenção do Poder Público, apresenta como justificável a adoção da pena com finalidades retributivas, eis que o livre-arbítrio é o pressuposto não do Direito ou do delito, mas de toda a organização social e, sobretudo, econômica.

Ao contrário, um Estado social, baseado no Poder Público provedor, incentivador, diminuidor de desigualdades próprias do sistema econômico, não pode concluir pela mesma e idêntica missão da pena. A resposta criminal deve ser incluída como política social, como fator de prevenção de delitos. Se assim não o for, haverá uma tensão entre os ideários primeiros da organização social e a utilização de seu instrumento jurídico de maior violência. Em outras palavras, a sanção criminal não estará racionalmente justificada quando confrontada com as balizas mais essenciais da configuração comunitária, não que não haja

³⁸⁴ MIR PUIG afirma que as discussões dos fins da pena estão sediadas em nível valorativo, e que tais opções apenas podem ser tomadas considerando os fundamentos e funções atribuídas ao próprio Estado. Há, assim, uma vinculação lógica entre funções da pena e do Estado. Este fator precisa ser destacado, sob o perigo de se ocultar premissas políticas essenciais. Esta é a racionalidade de todo o sistema criminal. Um pequeno trecho do autor esclarece estes aspectos: *“No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte general del Derecho penal.”* (MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Op. cit., p. 31).

liberdade para a escolha política do modelo de Estado ou das finalidades da pena. No entanto, aponta que a primeira opção política diminui, sob o aspecto da coerência, as escolhas subseqüentes, isto porque o Estado e seu modelo, após a opção política, passam a integrar a dimensão jurídica, tendo em vista a constitucionalização dos fundamentos da nação. Este Direito, propriamente constitucional, sugere a opção por determinada finalidade da pena e, em razão disso, permite, de forma pouco clara, a percepção dos comportamentos e infrações que realmente possuem a capacidade de ser transformados em crimes. Em resumo, a Constituição Federal, por meio de complexas deduções, pode apresentar os critérios constitutivos do conceito material de delito. Destarte, promovem um importante passo no preenchimento dos conteúdos do merecimento e da necessidade de pena.

Um outro exemplo da limitação política pelo Direito reside na aplicação da norma penal aos casos concretos. Nestas situações, nem sempre a inferência constitucional necessita aparecer, embora esteja, direta ou indiretamente, sempre presente. Não há dúvidas de que a norma de sanção impõe ao magistrado o dever de cumpri-la, isto é, de aplicar a lei ao caso concreto. Todavia, o julgamento a respeito da existência de um crime e da determinação da pena encerra uma valoração. Nesse sentido, trata-se de uma expressão de poder. O juiz, ao proferir uma sentença, atua politicamente. Em expressão mais usual, depara-se com uma situação que deve ser compreendida sob o enfoque político-criminal. Quanto mais coerentes forem as decisões judiciais, proferidas por diversos indivíduos alçados à condição de julgadores, melhor será a estratégia criminal do Estado, menos espaços haverá para o voluntarismo e os anseios pessoais.³⁸⁵

De todo o modo, esta opção política do magistrado está limitada pela dimensão jurídica, as quais pode obstaculizar seu espaço de jogo tanto por critérios materiais quanto meramente formais. Aqui, o princípio da legalidade aparece, mais uma vez, como importante fator formal ao impedir o magistrado de sancionar com penas fora das hipóteses previstas pelos tipos penais incriminadores. Dessa maneira, cuida-se da dimensão jurídica como foco limitador da dimensão política, ou melhor, de decisões políticas anteriores (como a

³⁸⁵ Crítica acerca do pensamento brasileiro: CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. *Op. cit.*, pp. 95 e ss.

escolha pelo respeito ao princípio da legalidade) como restritivas de outras decisões políticas posteriores (a decisão judicial).

A busca por um conceito material atua neste plano ao compreender o delito como fato merecedor e necessitado de pena. As escolhas a respeito dos fins da pena não estão fora da possibilidade de eleição do legislador nem serão encontradas em preceitos metafísicos; elas estão, sobretudo, sediadas sobre as bases jurídicas que são frutos da opção política mais elevada de todas, qual seja, o modelo de Estado em que se quer viver. Um Estado Democrático que deseja ofertar oportunidade para todos, erradicar a pobreza, diminuir as desigualdades e respeitar a dignidade humana definitivamente não pode pensar um Direito penal cuja pena oriente-se a excluir, a segregar, a aprofundar a diferenciação entre desprovidos e privilegiados economicamente.³⁸⁶ A pena deve ser incluída neste projeto maior, revalidando os valores constitucionais (“... *prevenção geral positiva...*”) e, igualmente, promovendo a integração e a cidadania (“... *prevenção especial positiva...*”).³⁸⁷

Para isto, é óbvio que conceitos ou critérios meramente formais não resolvem. O plano da infração do dever penal implica sempre no reconhecimento prévio da antijuridicidade geral do comportamento no ordenamento jurídico como um todo. Não faz sentido adjudicar a pena criminal a certa conduta que não é também protegida em outras searas pelo Direito. A autonomia do sistema criminal, tendo em vista a especificidade de suas

³⁸⁶ Merece citação esta passagem de MIR PUIG, destacando como deve ser a pena e o Direito penal em um Estado Democrático: “*El ejercicio del ius puniendi en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad. Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todos los ciudadanos. El Derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos.*” (MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Op. cit., p. 37). Um Direito neste modelo deve respeitar os princípios de garantia ao bem jurídico, proporcionalidade e culpabilidade.

³⁸⁷ A pena criminal, mesmo as privativas de liberdade, não podem fomentar a segregação. Por esta razão, penas estacionadas devem ser substituídas por penas ambulantes, que promovem a maior integração do condenado. ZIPF aponta, ainda na década de 1980, que no tocante a ressocialização, “... *as formas ‘estacionarias’ comienzan claramente a retroceder frente a las formas ‘ambulantes’ de sanción, y entra en la base fundamental el pensamiento de la ‘evitación de la desocialización’.* Ello comporta el importante impulso político-criminal de reforma de la más amplia restricción de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad privativas de libertad, en favor de las formas llamadas ambulantes de las sanciones jurídico-penales.” (ZIPF, Heinz. Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena de la prevención especial y de la prevención general. Op. cit., p. 89.

respostas, importa em espécie de *plus*, que outorga à ilicitude em geral o marco sancionatório mais violento. É certo, por isso, que a qualidade do comportamento que merece e necessita de pena seja o problema para o qual se buscam critérios de relevância, os quais estão estatuídos na juridicidade constitucional, que nem sempre, temporalmente, é prévia.

O bem jurídico penal, devido a esta razão, deve ter o seu reconhecimento constitucional. Isso significa a mínima exigência, tendo em vista que a dinâmica social não sustenta a idéia de mandamentos constitucionais de criminalização. Além de estar prevista na Constituição Federal, a infração, dotada conseqüências penais, está tão-somente justificada na medida em que merece a pena. Mais do que isso, em que pese o aporte violento da ameaça penal constante na norma de conduta, sua efetivação em concreto somente dar-se-á quando necessária.

Dentro do juízo de merecimento, da infração do dever, da antijuridicidade, estarão os conceitos de fragmentariedade e subsidiariedade como mediadores da relação entre bem jurídico e finalidades de prevenção geral. No tocante à necessidade, vislumbrar-se-ão todos os aspectos atinentes à culpabilidade e às finalidades de prevenção especial. Os capítulos seguintes destinam-se ao maior aprofundamento destas questões.

2.3 Conceito Material de Delito, Bem Jurídico e Pena

A relação do conceito material de delito, bem jurídico e pena é responsável pela parcela que identifica o fenômeno delitivo ao fato merecedor de pena; isto está no âmbito da antijuridicidade, do injusto típico. Ademais, aponta que a finalidade do legislador neste momento é o emprego da violência enquanto ameaça, de tal sorte a reafirmar o contexto valorativo da norma e se aproveitar da pena como mecanismo de prevenção geral positiva.

A noção de merecimento de pena é o ponto de convergência entre duas estruturas. De um lado, o bem jurídico, de outro, as finalidades preventivas e gerais. Entre estes dois momentos, estabelece-se uma ponte de tensão, consubstanciada nos vínculos de proporcionalidade e adequação. Como já comentado, o mal da pena deverá ser proporcional ao

mal causado pelo delito. Além disso, a pena deverá ser o objeto adequado para reafirmar a valoração normativa, isto é, precisa ser a única capaz de fazê-lo e, simultaneamente, estar capacitada a gerar efeitos concretos com a sua respectiva imposição.

Desde o início deste trabalho, uma assertiva vem sendo feita: sem a existência do merecimento de pena, a infração do dever contida na norma primária torna-se ilegítima. Esta posição conduz ao problema da operacionalização do conceito; esta ilegitimidade deverá aflorar de alguma forma, dependendo da própria natureza dogmática do merecimento e sua exata alocação interna na antijuridicidade. Inicialmente, pode ser assinalado que se trata de uma ferramenta ou baliza interpretativa capaz de chegar às últimas conseqüências no cerne do Ordenamento.³⁸⁸ Por meio do conceito, é possível interpretar restritivamente os tipos penais, bem como chegar, até, à declaração de sua inconstitucionalidade pela falta de compatibilidade – proporcionalidade ou adequação – entre a pena e o dever jurídico-penalmente imposto.

A problemática do merecimento de pena está sediada, como todos os maiores conceitos de interpretação, na nebulosa relação entre o juiz e a lei, ou seja, nos meandros desta complexa vinculação. Parece evidente, especialmente em face da lei brasileira, que os parâmetros legais tantas vezes extrapolam as margens da razoabilidade, da racionalidade tão cara aos pensamentos doutrinário e científico. Isso pode ser visto na utilização do Direito penal como mero reforço administrativo, na falta de proporcionalidade entre as penas e delitos, na excessiva antecipação de tutela que compreende uma dinâmica de polícia, na edição de normas que não apresentam a mínima adequação no sentido de conter a criminalidade.

Toda esta problemática cria um espaço para recursos interpretativos de natureza corretiva, de maneira a permitir que a aplicação concreta do Direito penal alcance, ademais, um nível de desenvolvimento, entendendo-se este último como reflexo de

³⁸⁸ Do mesmo modo que FRISCH aponta o conceito material de delito em sua totalidade, pode-se aqui dizer que o merecimento de pena é um “... conceito crítico e prévio ao Direito positivo.” (FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *Op. cit.*, p. 198).

racionalidade e obediência constitucional.³⁸⁹ Um local oportuno de limitação ao Direito penal é a verificação de um conceito material de delito que esteja relacionado com o Direito constitucional, ou melhor, a possibilidade de se extrair da noção de merecimento de pena uma interpretação conforme a Constituição. Para KUHLEN, a restrição do Direito penal merece a atenção do Direito constitucional, notadamente em razão das barreiras que podem ser erguidas pelo princípio da proporcionalidade.³⁹⁰ Não é à-toa, aliás, que este princípio está aqui integrado ao conceito de merecimento.

Apenas podem ser abstratamente sancionados com pena aqueles comportamentos cujo “... déficit de proteção é inaceitável.”³⁹¹ Tão-somente esta característica permite, em nome da proteção do bem jurídico, restringir a liberdade de todos os cidadãos. Um exemplo importante pode ser verificado no caso de entorpecentes. A criminalização do uso de entorpecentes no Brasil era representativo de dupla violação, tanto à proporcionalidade quanto à adequação. No primeiro caso, a violação do bem jurídico (saúde pública), na forma do tipo então em vigor, apresentava-se completamente desproporcional à violência consistente na ameaça de pena. Em segundo lugar, a utilização da pena privativa de liberdade era claramente inadequada. Por um lado, a busca pela diminuição do número de

³⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ em resenha à obra de Lothar Kuhlen (*Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, 112 páginas), descreve o interessante cenário: “Vivimos en tiempos en los que el modo de entender la vinculación del juez a la ley, particularmente – pero no sólo – en Derecho penal, es objeto de intensa polémica. Pese a los esfuerzos realizados por parte de los teóricos de la legislación y de la técnica legislativa, lo cierto es que la racionalidad de las leyes penales se aleja de modo no infrecuente de los ideales de racionalidad que deberían presidirlas, tanto en la forma como en el fondo. Así las cosas resulta más que comprensible el protagonismo alcanzado por formas de intervención judicial ‘correctora’. Éstas, sin embargo, se sitúan en el límite entre la interpretación en sentido estricto y el desarrollo continuador del Derecho, cuando no se ven claramente inmersas en éste. Lo que explica la polémica que las rodea.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe). In: **InDRET: Revista para el análisis del Derecho**. Enero 2007, p. 2).

³⁹⁰ KUHLEN aponta no Direito constitucional um importante candidato auxiliar o Direito penal na consolidação de um conceito material de delito: “Al restringir el Derecho penal con ayuda del concepto material de delito, merece atención lo que el Derecho constitucional- en especial, gracias al principio de proporcionalidad en sentido amplio – puede aportar para trazar barreras.” (KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material del delito?. *Op. cit.*, p. 137). De acordo com o autor, o conceito de proporcionalidade – não obstante sua dificuldade de concreção e de suas muitas interpretações – possui a vantagem de facilitar a compreensão judicial e permitir limitações realmente vinculantes.

³⁹¹ “Así, en el marco de una concreción del concepto material de delito, podría sostenerse, por ejemplo, que allá donde una consecuencia jurídica logra los objetivos deseados (la protección de bienes jurídicos), la pena resultaría desproporcionada (contraria al principio de proporcionalidad en sentido amplio); y que, al ponerse de relieve otras desventajas asociadas a la pena, podría aceptarse la renuncia a esta deseada protección. Se entiende así claramente que la pena sólo resulta proporcionada (y por eso justificada) allá donde prescindir de ella dé lugar a déficits de protección inaceptables.” (KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material del delito?. *Op. cit.*, p. 137).

usuários de estupefacientes pode ser realizada de forma muito mais eficiente com outras modalidades de respostas jurídicas, não necessariamente afetas ao sistema criminal. Por outro, a pena acarreta custos enormes, tendo em vista os efeitos de rotulação e vulnerabilidade que atingem o usuário condenado enfim, era contraproducente.

A alteração legal foi virtuosa em eliminar a hipótese de privação de liberdade para o uso de entorpecentes, porém foi, concomitantemente, tímida em manter respostas de natureza jurídico-penal. As discussões a respeito da manutenção ou não da figura como crime é um protótipo de debate que poderia ser evitado.³⁹² Mesmo com a exclusão do cárcere, a resposta penal, qualquer que seja, por seus efeitos diretos e indiretos, não parece ser produtiva para estes casos. A justiça criminal, a existência de processos ou a ameaça de pena em geral não apontam ser fatores contribuintes para qualquer política realmente comprometida em diminuir ou reduzir o consumo de drogas. Em outras palavras, embora em termos menos exagerados, a nova lei mantém a desproporcionalidade e a falta de adequação, continua oferecendo o simbolismo penal ao comportamento que, em abstrato, já não é merecedor de pena.³⁹³

Um outro exemplo de questionamento que aqui pode ser feito está referido aos delitos que correspondem, na realidade, a meras infrações administrativas.³⁹⁴ O problema aprofunda-se quando se percebe que várias destas condutas, se amparadas por autorizações administrativas, são permitidas. Esta situação coloca em xeque a própria noção de lesividade ao bem jurídico, tendo em vista que ameaça com pena determinadas condutas que, em outras circunstâncias, são plenamente aceitas e até desejadas. Há, pois, uma falta de proporção entre a violência da pena e a relevante agressão à realidade socialmente valiosa, a

³⁹² Tese a respeito da classificação do artigo 28 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2003, como infração “... *sui generis*: Essa infração *sui generis* não pertence ao (clássico) Direito penal, fundado na pena e na prisão. Não se trata de direito administrativo, porque as novas penas alternativas devem ser aplicadas por juiz (dos Juizados Criminais). Não se trata do velho Direito penal porque as sanções fixadas pelo juiz não valem para antecedentes, reincidência penal etc. Entre o direito administrativo e o Direito penal está nascendo um novo ramo do direito, que pode ser chamado de judicial sancionador (a esse novo direito poderíamos também remeter as penas dos Juizados Criminais, a pena de multa, as sanções de improbidade administrativa etc.).” (GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Nova lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 119).

³⁹³ FRISCH também advoga ampla descriminalização em matéria de entorpecentes. KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material del delito?. *Op. cit.*, p. 135.

³⁹⁴ *Ib.*, p. 135.

qual resta por estar restrita ao respeito do poder de império do Estado (administração pública como bem jurídico).

Mais ainda, a adequação, nestes casos, é duvidosa. Tratando-se, no mais das vezes, de interesses econômicos, a resposta jurídica para a violação poderia muito bem se restringir a outras esferas não-penais, utilizando-se de instrumentos de reparação de danos ou simplesmente pecuniários. Uma vez mais, repete-se que esta utilização do sistema criminal como reforço administrativo o converte exclusivamente em Direito penal da pena, já que esvazia toda a dimensão valorativa mais elevada que necessita estar por trás da criminalização, da tipificação.

Com isso, percebe-se a capacidade crítica de se entender o merecimento como resultado de um juízo político-criminal adstrito à norma de conduta e à infração do dever. Nesse sentido, importam duas modalidades interpretativas, com diversas conseqüências, verificadas por SILVA SÁNCHEZ. A primeira delas reside na possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo penal.³⁹⁵ No caso brasileiro, esta afirmativa oferta ao momento judicial uma extensa prática corretora de excessos legislativos. Isso porque o sistema de controle de constitucionalidade misto permite não só a declaração *erga omnes* a ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal, mas também admite aquela de cunho incidental, ou seja, o afastamento do tipo penal ao caso concreto devido à percepção da ilegitimidade incontornável da infração do dever que propõe.

Uma outra possibilidade é a “... *interpretação conforme a Constituição*.”

³⁹⁶ Nesta espécie, configura-se aquela situação onde alguns sentidos da norma penal são excluídos, de modo com que somente alguns deles sejam submetidos à opção jurisdicional. Não se podem questionar os problemas advindos da separação dos poderes, tendo em vista que, sob o argumento de interpretar, há sempre o perigo de verdadeira usurpação legislativa

³⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe). *Op. cit.*, pp. 2-3.

³⁹⁶ FRISCH aponta que a Constituição pode ser um importante ponto de apoio para os critérios de correção estabelecidos por um conceito pré-jurídico material de delito. Todavia, não deixa de fazer algumas ressalvas atinentes ao fato da existência constitucional de declarações genéricas ou incompletas: “*Sin embargo, es bien cierto que en una Constitución pueden faltar tales criterios, o bien sus declaraciones pueden ser incompletas o demasiado genéricas. Entonces sólo cabe la posibilidad (mas allá de una decisión puramente política) de una reflexión jurídico-filosófica.*” (FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *Op. cit.*, p. 198).

pelos tribunais. Nestes casos, há mais do que uma usurpação de funções, há uma incompatibilidade do uso concreto do sistema criminal com a própria existência que este pode ter no Estado Democrático de Direito. Cuida-se menos de qualquer atividade legiferante, mas de um contínuo desenvolvimento do Direito penal positivado de acordo com a Constituição. São postuladas reduções teleológicas sempre em benefício ao acusado, ou seja, limitações ao âmbito de abrangência das proibições penais e da violência de suas sanções.³⁹⁷

A opção entre uma consequência e outra está no grau de conservação possível do tipo penal, da infração do dever. Um exemplo pode ser esclarecedor. No caso do delito de porte de arma, existe uma necessidade premente de limitação de conteúdo orientada ao bem jurídico (redução teleológica). Assim, a infração do dever, para ser proporcional e adequada à ameaça de pena, necessita de um comportamento que, *ex ante*, seja capaz de, ao menos, colocar em perigo o bem jurídico protegido. Isso impõe a existência de uma arma com potencial de vulnerabilidade, apta à realização de disparos naquelas circunstâncias. Esta interpretação reduz as possibilidades de alcance do tipo, mas o mantém válido após este redimensionamento. Não é o caso de declarar a sua inconstitucionalidade.³⁹⁸

Além desta faceta judicial, mas justamente ligada a ela, está a perspectiva acadêmica do conceito de merecimento de pena. Não parece ser discutível que a existência de um conceito normativo nestes moldes, de claro viés político-criminal, consiga ser um importante foco centralizador de investigações ao seu redor. Na medida em que confere uma capacidade prática de conformação das proibições penais, o interesse acadêmico em sua perfeita definição e contornos torna-se imediato. Os debates acerca das idéias de proporcionalidade, adequação, bem jurídico, finalidade de pena e norma primária ganham uma dimensão construtiva do Direito e de suas decisões, permitindo ao estudioso contribuir diretamente com a resolução de casos. O espaço judiciário, portanto, é democratizado,

³⁹⁷ Nas palavras de SILVA SÁNCHEZ: “*Si la reducción teleológica del tipo realizada de modo conforme a la Constitución no choca con el sentido de las palabras, ni contra la una decisión del legislador claramente reconocible, dejando por lo demás un ámbito de aplicación razonable al precepto en cuestión, no debe haber obstáculos para su admisión.*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe). *Op. cit.*, p. 4).

³⁹⁸ “*En efecto, si un enunciado legal admite una interpretación (o una reducción teleológica) conforme a la Constitución, entonces no puede reputarse inconstitucional.* Afirma o autor a postura de um *matizado judicialismo*.” (Ib., p. 6).

suscetível ao discurso científico na medida de sua problematização. A utilização do merecimento de pena possui um valor declarativo com significado prático-decisório.

Senão bastasse, esta problemática em torno do conceito de merecimento de pena é interdisciplinar. Se a preocupação deste trabalho é de traçado dogmático, pois almeja demonstrar a sua inserção na teoria do delito e na parcial construção de um conceito material de crime, existem diversas outras possibilidades de abordagem. As relações entre bem jurídico e Constituição não é um trabalho de penalistas, engloba também constitucionalistas e filósofos do Direito. Igualmente, o problema da norma primária está adstrito, em grande parte, à Teoria Geral do Direito. A Criminologia e a Sociologia Jurídica encontram fecundo campo nos debates acerca da pena, suas conseqüências enquanto ameaça coletiva e seus limites de rendimento. Todos estes conhecimentos, retirados da realidade judicial prática por força de um positivismo legalista, retornam ao cenário, sempre por meio da problematização em torno da pergunta: Quando é apropriado e proporcional para a proteção de bens jurídicos limitar, com a pena, a liberdade?

O merecimento de pena, no sistema aqui desenhado, gerará efeitos destinados a justificar a determinação judicial da pena. Como será analisado, nestes casos será um destacado e inafastável coadjuvante ao lado do protagonista: a necessidade de pena.

2.3.1 *Direito Penal Subsidiário e Fragmentário*

Os princípios de fragmentariedade e subsidiariedade já estão devidamente consagrados nos sistemas criminais ocidentais. Em toda as alusões à característica de *ultima ratio* do Direito penal, estas duas idéias fulguram como principais, como demonstrativas da necessidade de se limitar a criminalização. Com isso, a legitimidade dos marcos penais incriminadores ficam restritos, em poucas palavras, àquelas situações comportamentais mais violentas e agressivas, as quais justamente não podem ser coibidas por outros meios jurídicos menos severos. Evidentemente que esta postura insere-se no âmbito da construção doutrinária, de *lege ferenda*, tendo em vista que a realidade legislada, várias vezes, pouco se aproxima deste modelo na atualidade.

Esta discrepância entre as idéias penais, fruto notório do Iluminismo, e a dinâmica do controle registrada na sociedade contemporânea coloca constantemente em dúvida a real viabilidade prática destes conceitos. O fato de os penalistas insistirem com tais idéias e o legislador avançar gradativamente em zonas de criminalização conduz, necessariamente, a questões que derivam da incompatibilidade entre os discursos. Afinal, não haveria muita racionalidade em continuar com a defesa de princípios de limitação penal que, na prática, são absolutamente insuficientes, inócuos.³⁹⁹ O mesmo, a propósito, ocorre com o conceito de bem jurídico, em face da sua impropriedade histórica de conter os arroubos legiferantes.

Para compreender o papel que a subsidiariedade e a fragmentariedade possuem no sistema criminal, com concreta proposta de diminuição das situações de incidência de pena, é preciso dizer inicialmente que tais conceitos não podem ser vistos de forma isolada, mas, ao contrário, se estabelecem por meio de relações. Embora esta divisão precisa entre os aspectos fragmentário e subsidiário do Direito penal seja um pouco estanque, os elementos apresentam-se em nítido grau de imbricação, as relações mencionadas referem-se àquelas existentes entre bem jurídico penal e as finalidades de pena no tocante ao merecimento. Assim, no cerne da noção de merecimento de pena (antijuridicidade), a fragmentariedade aparecerá como derivação natural da devida proporcionalidade entre o bem jurídico e a prevenção geral. Por outro lado, a subsidiariedade resultará da relação de adequação entre ambos.

Não foi sem propósito que, desde os capítulos iniciais, estes dois princípios apareceram intimamente vinculados à noção de bem jurídico-penal. Na medida em que conferem legitimidade ao sistema criminal quando de suas respectivas existências, também apontam para a importância deste bem jurídico, rechaçando as propostas que advogam sua dispensabilidade. Autores como JAKOBS admitem que o conceito não deve ser totalmente desprezado, tendo em vista que funciona como ferramenta para abreviar o questionamento a respeito da danosidade social dos mais variados comportamentos, isto é, a

³⁹⁹ Em defesa da denominada criminalidade moderna: GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

manutenção da vida como bem jurídico, por exemplo, impede que em todos os casos de homicídio seja necessária a problematização sobre o específico valor social da vítima.⁴⁰⁰ Desta maneira, cuida-se de um verdadeiro preceito que pressupõe, às existências concretas, a ocorrência da danosidade.

Diante destas ponderações, JAKOBS sustenta a existência de um conceito de subsidiariedade, o qual postula ser determinante para a configuração da legitimidade da norma penal. Além disso, aponta que se costumam considerar legítimas as regulações criminais quando outros instrumentos não podem assumir esta tarefa. O Direito penal atuaria ao lado de outras estratégias de controle, como a responsabilidade civil, a assistência jurídico-pública e a proteção da vítima, dentre outras.⁴⁰¹ Para o autor, o princípio da subsidiariedade é uma variante penal do preceito constitucional de proporcionalidade.⁴⁰²

ROXIN também sustenta que a subsidiariedade está intimamente relacionada com a concepção do sistema criminal como *ultima ratio*. Dessa forma, garante que o Direito penal coopera com todo o ordenamento jurídico na proteção de bens. Este conceito

⁴⁰⁰ A postura de JAKOBS é muito curiosa, e não é outra a razão das tantas polêmicas criadas em torno de seus trabalhos. O autor define o bem jurídico como a própria validade fática das normas, o que, se por um lado mantém a existência do conceito em seu sistema penal, por outro o esvazia totalmente de conteúdo, formalizando-o ao extremo. De todo modo, a sua crítica parte da premissa de que os esforços empreendidos para o aperfeiçoamento do conceito não frutificaram praticamente, ou seja, não lograram benefícios maiores e concretos para o Direito penal. Isso porque o mais importante para o sistema criminal não é a ocorrência de danos externos, os quais poderiam ser perceptíveis do ponto de vista do bem jurídico, porém é, sim, a validade da norma. Esta norma, por sua vez, destina-se a proteger interesses de toda a *ordem social*, a qual não é composta apenas por bens. Acrescenta o autor que, mesmo os bens jurídicos, não são integralmente protegidos, já que devem ser analisados em função de sua caracterização social, dos *contatos sociais permitidos* e da aceitação de sua destruição ou colocação em perigo. Em determinado aspecto, todavia, admite alguma relevância ao conceito: “... no es mejor rechazar rotundamente esta doctrina y determinar siempre el delito por medio de la dañosidad social del comportamiento, sin intermediación de un bien jurídico. Prescindiendo de que esta vía presupone también determinar previamente la configuración del Estado y de la sociedad que ha de mantenerse, pero que por ella no se obtiene, es lo cierto que la configuración social se concreta por ámbitos en bienes. Este concretarse en bienes tiene la función de abreviar la cuestión de la concreta dañosidad social de cada lesión de bien jurídico, mediante la remisión a la importancia general del bien, pero de relativizar al menos el peso de la concreta dañosidad social.” (JAKOBS, Günther. **Derecho penal – Parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. *Op. cit.*, p. 57).

⁴⁰¹ *Ib.*, p. 60.

⁴⁰² “El principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitido la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas. El principio de proporcionalidad sólo rige, sin embargo, cuando los costes de la medida alternativa afectan a una persona que es responsable del conflicto a resolver (entendidos los costes en el sentido de cualquier pérdida, incluida la renuncia al contacto social).” *Ib.*, p. 61.

também está intimamente conectado com a fragmentariedade; o modelo é fragmentário porque é subsidiário, ou seja, um não o é sem o outro.⁴⁰³

Ambos os princípios, interligados, atuam como diretrizes político-criminais. Na opinião do autor, trata-se menos de um comando vinculante ao legislador e mais de um meio para o alcance da racionalidade a respeito da transformação de fatos em delitos.⁴⁰⁴ Mais uma vez, entra em jogo a questão constitucional da proporcionalidade. Segundo ROXIN, a gravidade da pena somente estará justificada quando a afronta ao bem jurídico for significativamente intensa (resultado) e, ao mesmo tempo, a conduta demonstrar escassez no tocante ao seu conteúdo ético (ação). Em outras palavras, pode ser evidenciado que a legitimidade penal encontra aqui o seu amparo tanto no desvalor da conduta quanto nas conseqüências expressadas no resultado.⁴⁰⁵

JESCHECK e WEIGEND também apontam a importância destes dois princípios no cerne da teoria do delito. No caso da fragmentariedade, salientam textualmente sua relação de proteção limitada ao bem jurídico, de acordo com o “... *merecimiento de pena*.”⁴⁰⁶ Para os pensadores, esta característica outorga à noção de fragmentariedade uma certa dinâmica eletiva. Aperfeiçoa-se como um fenômeno diretamente vinculado à expansão ou retração do sistema criminal. Assim sendo, é responsável pela delimitação de suas zonas de indiferença, nas quais a pena, *ex ante*, deixa de ser merecida.

No caso da subsidiariedade, o Direito penal encontra-se coordenado com os demais setores jurídicos do ordenamento. Logo, será responsável por tutelar, de algumas

⁴⁰³ ROXIN pondera que a fragmentariedade é produto da própria perspectiva subsidiária: “*En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataques concretas, se habla también de la naturaleza ‘fragmentaria’ del Derecho penal.*” (ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**: Fundamentos. *Op. cit.*, p. 65).

⁴⁰⁴ Assim aponta esta característica ROXIN: “... *el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta qué punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la desincriminación p. ej. del hurto en locales comerciales o en las empresas.*” (Ib., p. 67).

⁴⁰⁵ Ib. p. 66.

⁴⁰⁶ Nas palavras dos próprios autores: “*El Derecho penal posee, según una conocida expresión de BINDING, un carácter fragmentario. Este último contiene un sistema comprensivo de la protección de bienes jurídicos, sino que la limita en cada caso de acuerdo con la elección del difícil criterio del ‘merecimiento de pena’.*” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. *Op. cit.*, p. 57).

formas específicas, os bens jurídicos que se encontram espalhados em diversos âmbitos e segmentos do Direito. Para esta missão, o sistema criminal, inclusive, absorve certos conceitos de outras searas, tais como: a propriedade, o matrimônio, os títulos de crédito, o funcionário público etc. Não obstante tais conceituações possam atingir uma certa autonomia no cerne do modelo criminal,⁴⁰⁷ sua referência mais verticalizada está em outros campos do saber jurídico, reforçando a proteção dos bens de maior relevância.⁴⁰⁸

O que parece ser acertado dizer é que ambos os conceitos podem funcionar como importantes filtros a serem articulados dentro da idéia de merecimento de pena, sendo, pois, constituintes do conceito. A criminalização de um comportamento, a imposição de um dever penal, apenas será legítima se o abalo ao bem jurídico for proporcional à pena, o que reflete a obediência ao preceito da fragmentariedade penal. Além disso, a proporção somente não é o bastante, exige-se, ainda, a adequação, ou seja, a consciência da natureza subsidiária do modelo criminal. Esta consiste na percepção de que a pena não protege o bem jurídico de toda e qualquer forma de agressão e, mais ainda, que o Direito em geral dispõe de outros meios mais eficazes e, primacialmente, menos violentos.⁴⁰⁹

Tudo isso pressupõe uma postura de inserção e compreensão do sistema criminal no âmbito da Constituição Federal. O Direito penal, enquanto se consagra como o guardião último da Constituição, precisa ser aquele setor do ordenamento que mais a respeita. Na medida que a liberdade é um valor constitucional, a limitação desta poderá ser justificada em face de valores constitucionalmente consagrados e com equivalência de relevância. Ocorre, assim, a demarcação do bem jurídico em referência à Constituição, ou, como preferem

⁴⁰⁷ Exemplo desta autonomia relativa está no conceito ampliado de funcionário público, de acordo com o artigo 327 do Código Penal. Vide: FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coord.). **Código penal e sua interpretação:** doutrina e jurisprudência. *Op. cit.*, pp. 1523 e ss.

⁴⁰⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal:** parte general. *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁰⁹ Em razão desta constatação surgem propostas como, por exemplo, um direito penal de variadas *velocidades*. Nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. *Op. cit.*, pp. 144 e ss.

alguns, uma teoria constitucional do bem jurídico.⁴¹⁰ A delimitação deste marco oferta maiores critérios e conteúdo declarativo aos princípios de fragmentariedade e subsidiariedade.⁴¹¹

Na doutrina defensora das teses constitucionais, com destaque para o pensamento italiano, a subsidiariedade implica na delimitação do objeto de tutela, enquanto a fragmentariedade redundaria na percepção de que o Direito penal não pode compreender tudo sob os seus braços.⁴¹² Esta forma de pensar consegue extrair da Constituição parâmetros de conferência para a legislação penal. Com estes critérios, a tarefa do legislador passa a ser objeto de toda uma dimensão crítica, a qual, conforme já postulado, pode chegar ao limite do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma dada proibição penal (merecimento de pena).

Para melhor definir os conceitos em face do acervo analisado, é preciso depreender que nem todo respeito à proporcionalidade encerra um juízo positivo de adequação. Dentro dos parâmetros aproximados estabelecidos, nem toda norma penal que respeita o aspecto fragmentário do Direito também está de acordo com a subsidiariedade. Isto porque a proibição pode estar plenamente justificada em razão da violência atuante sobre o bem jurídico e a sua respectiva proporcionalidade com a violência consistente na pena. Não obstante a existência desta primeira relação em termos ideais, pode a pena, para o caso específico, não ser adequada.

⁴¹⁰ A respeito da teoria constitucional do bem jurídico, vide: CUESTA PASTOR, Pablo. **Delitos obstáculo:** tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico. Granada: Editorial Comares, 2002, pp. 9 e ss.

⁴¹¹ A respeito da relação entre criminalização e Constituição, dentro de um enfoque de limitação máxima: PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴¹² BRICOLA, apontado como um dos principais elaborados das teses constitucionais do bem jurídico, demarca desta maneira as delimitações da fragmentariedade e da subsidiariedade: “È convinzione diffusa che il diritto penale debba riacquistare la propria razionalità contenendo la sua spinta ‘inflazionistica’ e riacquistando il suo ruolo di strumento eccezionale, di extrema ratio per la tutela ‘frammentaria’ di bene giuridici statuale. Di ‘sussidiarietà’ e ‘frammentarietà’ si parla frequentemente nella dottrina attuale come connotati essenziali del diritto penale. La ‘sussidiarietà’ del diritto penale esce rafforzata dalla concezione che delimita l’oggetto della tutela, in forme cogente o meramente tendenziale agli interessi di significativa rilevanza costituzionale. Il carattere ‘frammentario’ che è in contraddizione con una visione omnicomprensiva della tutela penale e che impone una selezione sia dei bene aggrediti da proteggere sia delle forme di aggressione, esce rafforzata dalla presenza nella Costituzione di precisi vincoli che governano la tecnica di struttura della fattispecie e della responsabilità penale, conferendo a queste ultime specifiche peculiarità rispetto alle altre tecniche di tutela (civile o amministrativa).” (BRICOLA, Franco. **Politica criminale e scienza del diritto penale.** Bologna: Società Editrici il Mulino, 1997, pp. 189-190).

A noção de adequação está ligada com a finalidade específica da pena neste momento de antijuridicidade, de infração genérica do dever. Assim, este fim punitivo acaba também por ser responsável pela restrição de sua utilização. Se a finalidade da pena é de prevenção geral positiva (enquanto reafirmação de valores sem perder de vista o ideário preventivo-especial posterior), é sob este parâmetro que a adequação deve ser avaliada. Com isso, assevera-se que, em primeiro lugar, não é adequada a utilização da sanção penal quando outro segmento jurídico puder lidar com a questão. Em segundo lugar, a utilização da pena não pode ser verificada para aqueles casos onde não existe valor constitucional a ser reafirmado, hipóteses nas quais o Direito penal converte-se no já mencionado Direito da Pena e não no Direito do Fato socialmente desaprovado.

Estas assertivas permitem elaborar um modelo racional voltado a impedir a justaposição de penas a toda e qualquer infração normativa. Afinal, a antijuridicidade global da conduta no ordenamento jurídico é logicamente anterior à imposição da sanção penal como consequência. Nesse sentido, quando se confirma a ilegitimidade do dever penal em razão da falta de merecimento, ou seja, desrespeito aos princípios de subsidiariedade e fragmentariedade, não se está defendendo a legalização de comportamentos. Tais condutas devem permanecer como ilícitas, todavia o problema está na qualidade da sanção que se pretende adjudicar à violação.

Esta escolha de responder a determinada infração com ou sem o marco penal é definitivamente o problema do conceito material de delito. A elaboração de critérios balizados em relações entre objetos concretizáveis é uma solução destinada a diminuir a margem política e arbitrária nesta tomada de decisão. Por isso os princípios de fragmentariedade e subsidiariedade, como relações entre o bem jurídico e a finalidade preventivo-geral da pena, ofertam o conteúdo de preenchimento do conceito normativo de merecimento de pena. Dito de outra forma, o injusto típico apenas existirá quando a pena for merecida, isto é, proporcional e adequada à proteção determinada de bens jurídicos.

Com isso, percebe-se a articulação do conceito material de delito e do merecimento de pena para o âmbito da antijuridicidade, da norma de conduta. Estes conceitos

também estarão presentes em outro momento, na determinação da pena. É conveniente uma pequena aproximação a esta questão, antes de maior aprofundamento no problema específico da necessidade de pena e da prevenção especial positiva (culpabilidade). Os dois momentos de valoração político-criminal não devem ser responsáveis por detectar a existência ou não de um fato punível, mas precisam, de algum modo, oferecer critérios para determinar como este fato pode e deve ser quantitativamente punido.

2.3.2 *Determinação Judicial da Pena: Ameaça e Imposição Concreta*

Ao longo dos capítulos antecedentes, foi verificada a importância de se buscar um conceito material de delito que atue como limitador das esferas de criminalização. De igual forma, foi apontada a dificuldade de sua obtenção, devido, máxime, a toda dimensão política apta para converter a vontade do legislador nos tipos penais e suas respectivas normas (voluntarismo). Haveria, pois, uma espécie de dificuldade discursiva do próprio conceito, já que sua natureza jurídica impediria maiores possibilidades de intervenção no sistema político. Em que pese todo este problema, a elaboração de um modelo penal material demonstra-se premente na atual conjuntura legal, haja vista o expansionismo dos marcos punitivos, bem como o seu constante recrudescimento.

Esta conformação do conceito material pode ser feita pela utilização dos conceitos normativos (merecimento e necessidade de pena) no cerne do sistema do delito, isto é, das categorias ou elementos do crime. Na medida em que somente a antijuridicidade pode configurar o injusto penal e sua valoração é infiltrada pela noção de merecimento de pena, pode-se dizer que injustos criminais são aqueles fatos merecedores de pena. Isto se dá também com a culpabilidade e o critério de necessidade. Nos dizeres de FRISCH, estas dimensões normativas confeccionam o conceito material de delito na medida em que se traduzem e representam nos elementos do crime.⁴¹³ São critérios de facilitação da racionalidade em decisões político-criminais.

⁴¹³ FRISCH aponta como um grande desafio da dogmática penal contemporânea conseguir introduzir estes conceitos normativos na teoria do delito, de modo com que se supere o fosso existente entre a construção material do crime e seus elementos. Afirma que no atual cenário, as categorias do delito não compreendem este tipo de valoração. Não é possível enxergar as noções de merecimento e necessidade de pena como categoria

Tudo o que foi visto até o momento não esgota ainda a capacidade destes instrumentos de valoração. A concepção de delito adequada parece ser aquela que o estabelece como uma relação, responsável pela mediação entre a valoração de um fato e a imposição da pena. Os elementos do crime realizam este trabalho. Valoram um fato e concluem pela incidência ou não de pena. Nos casos de opção positiva, costuma-se dizer que há delito. Com a inserção do merecimento e da necessidade de pena na teoria do delito, estes passam a constituir esta relação, de maneira que apenas os fatos mercedores e necessitados podem conter a imposição da pena ou são delitos em termos materiais.

Tanto no plano genérico da ameaça de pena (antijuridicidade) quanto no patamar individualizado da imposição concreta da reprimenda (culpabilidade) está mantida, até aqui, uma postura binária, ou seja, os conceitos estarão vinculados a dois momentos político-criminais distintos; mas, em ambos os casos, a resposta destina-se a incluir ou excluir o comportamento analisado como criminoso, restringe-se a dizer sim ou não para o delito e, em consequência, para a imposição da pena. Historicamente, sempre foi esta a única função da teoria do delito, bem como pode continuar sendo uma delas no contexto de um sistema aberto. Entretanto, na medida em que as finalidades da pena passam a constituir os fatos delitivos, a manutenção deste estágio binário parece uma demonstração de timidez, já que é possível ir mais adiante. Para tanto, basta a percepção de mais uma etapa de valoração político-criminal que subsequentemente é feita.

Não parece haver como negar que a determinação judicial da pena também espelha um momento político-criminal de ampla liberalidade do magistrado. Por esta razão, não pode ser abandonada pela dogmática, tem de ser compreendida como uma etapa de prolongamento, extensão, continuidade dos efeitos do merecimento e necessidade de pena.

independente, ou como constitutiva da tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade. Poder-se-ia dizer que aparecem apenas nas causas de extinção da punibilidade ou hipóteses de isenção de pena. Porém nestes casos, afirma o autor, parte-se de considerações muito específicas, sem uma visão global da teoria do delito. Em suma, o desafio para o autor reside nesta conjunção entre conceito material e categorias do crime: *“Más que el propio concepto material de delito, en el núcleo de la discusión jurídico penal se hallan las cuestiones relativas al sistema del delito. Partiendo del concepto material del delito, se podría esperar que existiera una relación entre éste y el sistema del delito: las exigencias fundamentales expresadas en el concepto material de delito respecto de un hecho (merecimiento y necesidad de pena del hecho) deberían traducirse en alguna medida en los elementos del delito.”* (FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *Op. cit.*, p. 212).

Aqui, estes não são mais um sim ou não, mas uma questão de grau, quantidade e de garantia de uma resposta adequada às necessidades preventivas da pena. Quanto mais a dogmática ordenar as valorações político-criminais nesta etapa, mais será afastado o voluntarismo, o decisionismo e, muitas vezes, a arbitrariedade resultante da indiferença entre o sistema de delito e a teoria da determinação da pena.⁴¹⁴

Este processo de determinação judicial da pena pressupõe a individualização, realizada dentro das balizas legais impostas pelo legislador.⁴¹⁵ Estas balizas legais são observadas nos casos concretos de acordo com a teoria do delito; tanto o momento da antijuridicidade quanto o da culpabilidade restringem sucessivamente os parâmetros punitivos a serem impostos. Isso já sinaliza um importante aspecto. Nas situações em que a teoria do delito diz sim para a caracterização criminosa do fato, esta afirmativa já conduz a algumas especializações, uma vez que o juiz estará, desde logo, restrito pela peculiaridade do caso (subtipo) merecedor e necessitado de pena. O sistema de delito avança, naturalmente, para a etapa de determinação da pena.

Um exemplo pode facilitar a compreensão. As balizas jurídicas para determinação da pena são impostas não pelo tipo incriminador em abstrato, mas por

⁴¹⁴ São esclarecedoras deste contexto as palavras de SILVA SÁNCHEZ: “No puede dudarse de que el juez hace política criminal; de modo especial en la individualización de la pena, donde en principio dispone de más libertad. Pero debería huirse de la tentación de pensar que ésta ha de ser una política criminal directa, esto es, en la que se consideraran de modo inmediato los fines del Derecho penal. Precisamente en un contexto así, para evitar el intuicionismo, el puro decisionismo o, sin más, la arbitrariedad, es preciso que esa política criminal se canalice por vías dogmáticas. Esto es, en la medida de lo posible se traduzca en reglas y no se quede en el plano de los principios. Por tanto, aquí se sostendrá que la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse, ante todo, como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito que, por su parte, debería dejar de ser entendido en general como un sistema binario.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: **InDRET: Revista para el análisis del Derecho**. Abril 2007, pp. 4-5).

⁴¹⁵ O termo determinação judicial da pena, na forma aqui empregada, é sinônimo de individualização judicial da pena. Ambos, assim, não se confundem com a determinação legal da pena. Esta distinção é bem clara na obra de DEMETRIO CRESPO: “En primer lugar, conviene recordar una diferenciación conceptual previa, y es la existente entre la ‘determinación legal de la pena’ y la ‘individualización judicial de la pena’. En el primer estadio el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito, conforme a la gravedad del mismo. De este modo se pone a disposición del juez un espacio de juego, o marco penal. A este estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la individualización de la pena por el juez, éste asume la tarea de elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador.” (DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Prevención general e individualización judicial de la pena**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 41-42).

qualificadoras, privilégios, causas de aumento e diminuição, circunstâncias agravantes e atenuantes. No caso destas últimas, há uma discricionariedade pretensamente maior atribuída ao magistrado, eis que estas modalidades não apontam reduções ou acréscimos específicos em sua quantidade. Pode-se pensar no delito de furto. No aspecto do merecimento de pena, do injusto típico e da violação do dever (não deves furtar), o legislador determina as margens mínimas e máximas, adequadas e proporcionais em termos de prevenção geral positiva. Ainda neste primeiro momento de valoração político-criminal, a violação do dever pode implicar na conclusão de uma infração qualificada, submetida a parâmetros punitivos mais severos. A constatação de comportamento diferenciado vinculará a pena-base, ou ponto de partida, do magistrado. No âmbito da necessidade de pena, da culpabilidade, uma série de outras verificações será efetuada.

Ao se partir da premissa que, além de merecimento, há necessidade, e por isso mesmo, delito, esta confirmação será responsável por uma constrição das margens punitivas. O resultado de inversão patrimonial pode, por circunstâncias alheias à vontade do agente, não ter ocorrido, fazendo jus à aplicação dos marcos de redução da tentativa.⁴¹⁶ De igual forma, o valor da coisa subtraída poderá ensejar o privilégio, alterando sobremaneira a punição.⁴¹⁷ Ainda que o indivíduo seja considerado imputável diante de sua idade, poderá beneficiar-se da circunstância atenuante se menor de 21 anos.⁴¹⁸ Todos estes casos, ainda em sede da teoria do delito propriamente dito, refletem situações para a determinação da pena, a qual, em verdade, já começa a ser determinada, dogmaticamente, por meio dos elementos dos quais defluem os conceitos materiais de merecimento e necessidade.

O que aqui se postula é que a capacidade de rendimento destes conceitos pode ser ainda maior, isto é, integrar dogmaticamente a determinação da pena em sentido estrito. Em que pese todas as limitações que já são impostas pela teoria do delito, se esta abandona a determinação da pena, daí por diante o magistrado terá plena liberalidade, o que

⁴¹⁶ O artigo 14, parágrafo único, do Código Penal dispõe que: “*Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços).*”

⁴¹⁷ O doutrinariamente conhecido furto privilegiado está estatuído no artigo 155, § 2º: “*Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de 1 (um) a 2/3 (dois terços), ou aplicar somente a pena de multa.*”

⁴¹⁸ Dentre as circunstâncias atenuantes genéricas está inserida no artigo 65, inciso I, a seguinte redação: “... *ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença.*”

não parece ser uma idéia muito profícua. Evidentemente, o magistrado sempre possuirá um espaço de jogo, porém este não pode permitir que a dogmática esqueça sua função de filtro político-criminal e entregue completamente nas mãos do julgador a tarefa de decidir, segundo concepções próprias, a respeito dos fins da pena. A falta de caráter dogmático na determinação da pena impede a adoção de finalidade uníssona à punição; na falta de critérios, cada magistrado suscita como metas punitivas as que melhor lhe aprouverem. A política criminal do sistema jurídico transforma-se na política criminal do sujeito singular. Esta realidade aprofunda-se ainda mais na legislação brasileira, quando a própria teoria mista adotada abre o leque para diferentes abordagens. Os objetivos almejados com a teoria do delito, mediante suas regras, devem contaminar a determinação da pena.⁴¹⁹

No caso, e consoante o posicionamento assumido, a finalidade de prevenção especial positiva da punição ganha total importância para a determinação da pena – deve ser o seu critério reitor essencial. Seria ilógico um sistema que afirmasse a existência do delito em consideração à noção de necessidade nestes termos e, posteriormente, simplesmente conferisse ao magistrado a oportunidade de aplicar a sanção com lastro em uma convicção pessoal de segregação do condenado. Em resumo, os critérios para a afirmação da existência do crime (binário) devem estar representados na quantificação da pena (gradual). Se não há necessidade de pena para o menor de 18 anos e se houver necessidade reduzida para o menor de 21 anos, este regramento da teoria do delito não pode ser subvertido pela determinação judicial da pena justificada em critérios, por exemplo, de prevenção geral negativa (“... intimidação...”).⁴²⁰

⁴¹⁹ Esta transposição dos conceitos de merecimento e necessidade de pena, além da teoria do delito, para a determinação da pena é descrita por SILVA SÁNCHEZ. Na medida em que as categorias do delito se convertem em estruturas teleológicas preventivas, a participação destas na determinação da pena também conduzirá para a imposição de uma sanção que tenha tais finalidades como traço mais relevante: “*Ahora bien, el hecho de que la única política criminal que deba realizar el juez se ala que discurre por el cauce de las categorías dogmáticas no implica dejar de atender a los criterios preventivos. Ello, porque precisamente dichas categorías dogmáticas pueden y deben ser reconstruidas en clave político-criminal considerando las finalidades preventivas y de garantía que legitiman el recurso al Derecho penal. La teoría del delito se configurará así como un sistema de reglas que permiten establecer con la mayor seguridad posible el sí o no de tales merecimiento y necesidad de pena. Y la teoría de la determinación de la pena como teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho implicará, a la vez, el establecimiento del quantum de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de pena.*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: **IndRET: Revista para el análisis del Derecho**. Abril 2007, p. 6).

⁴²⁰ SILVA SÁNCHEZ destaca que esta individualização dogmática da pena depende obviamente do critério reitor do conceito material de delito. Vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la

Este retorno das noções de merecimento e necessidade de pena ao processo de determinação, conforme salientou SILVA SÁNCHEZ, faz com que não seja absurda a compatibilidade da aplicação de pena para o criminoso eventual. Foi adrede mencionado que, nestes casos, a teoria da prevenção especial seria incapaz de justificar a pena, devendo-se recorrer, para a existência de alguma punição, a critérios pragmáticos. Esta justificativa consiste em evitar o retorno à autotutela, ao vigilantismo. De fato, a compreensão dogmática passa pela percepção da determinação da pena como momento diverso, mas conectado com o conceito material de delito (fato merecedor e necessitado de pena). A aplicação pragmática da pena, nestes casos, significa a manutenção do merecimento, amparado pelo mais baixo nível de necessidade. Trata-se, assim, de caso de aplicação da menor pena possível, eis que esta é merecida pela violação do dever (proporcional e adequada) e possui um resquício de necessidade, ainda que pautada por uma dimensão comunitária e não individual. Isso não impede que existam situações onde, sequer, esta dimensão existe, tornando a sanção totalmente desnecessária. Neste caso, não haverá um problema relacionado à determinação da pena, mas sim à exclusão do delito pela sua desnecessidade.

Com tudo isso, a teoria da determinação da pena constitui uma continuidade sistemática da teoria do delito,⁴²¹ de modo que os postulados criminais utilizados nesta estejam, de alguma forma, presentes na orientação daquela⁴²². Isto impõe um regramento difícil, necessário, do procedimento de fixação de pena, de sorte que o juiz realize a política criminal vinculada pela dogmática, e não exclusivamente por voluntarismos próprios. É um aprofundamento no nível de detalhamento da norma secundária, a fim de evitar que as considerações e opções político-criminais (político-sociais) do sistema criminal não se desfaçam na desarmonia das ideologias particulares dos julgadores.

pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: **InDRET: Revista para el análisis del Derecho**. Abril 2007, pp. 6-7. No caso deste trabalho, portanto, as finalidades elegidas da pena devem estar presentes tanto na teoria do delito, quanto na determinação da pena.

⁴²¹ *Ib.*, p. 8.

⁴²² Dito de outro modo: “... los postulados político-criminales deben llegar al juez en la forma de enunciados dogmáticos y éstos, en la individualización de la pena, no pueden ser sustancialmente distintos de los enunciados de la teoría del delito.” Ressalta ainda o autor que a adoção de uma perspectiva específica, tais como o retributivismo ou a prevenção, culminará em critérios diversos de valoração e ordenação. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: **InDRET: Revista para el análisis del Derecho**. Abril 2007, p. 8).

Não se pretende aqui aprofundar critérios específicos de determinação da pena nem realizar uma avaliação mais vertical da questão. Para os limites deste trabalho, o importante é a percepção de como os conceitos normativos de merecimento e necessidade, bem como o próprio conceito material de delito, possuem uma aptidão muito significativa no sistema criminal, isto é, vão além dos elementos do crime em sentido estrito. Mais do que isso, também se quer apontar como a orientação teleológica do sistema criminal exige que as finalidades da pena norteiem integralmente as suas sucessivas etapas de valoração político-criminal (sistema integral de Direito penal).

Tradicionalmente, a teoria da determinação da pena foi vista como um fator totalmente distinto da teoria do delito, não havendo relações entre ambas. Isso impôs, nos dizeres de SILVA SÁNCHEZ, um desenvolvimento diferenciado. Enquanto a teoria do delito adquiria um grau crescente de desenvolvimento e sofisticação, a teoria da determinação da pena ficou à margem deste processo.⁴²³ Essa constatação implica no motivo pelo qual as sentenças nacionais, em regra, são carentes de fundamentação nesta fase. O problema maior não reside, sequer, no fetiche da pena mínima, mas na utilização de expressões comuns, repetição de texto legal, preconceito arraigado sem qualquer valor declarativo. Todos eles não passam de palavras vazias a serem preenchidas por conteúdos implícitos.⁴²⁴

A meta desta abordagem é chamar a atenção do problema, o qual pode ter sua resolução iniciada por meio da elaboração acadêmica de critérios teleológicos, que estabeleçam a mediação necessária entre o juiz e a política criminal. É uma dogmática como orientação decisória graduada, como via indireta da política criminal, de forma a permitir que a gravidade da infração do dever, por um lado, e as necessidades preventivas, por outro, possam ser representadas na pena individualizada.

⁴²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: **InDRET: Revista para el análisis del Derecho**. Abril 2007, p. 3.

⁴²⁴ Pesquisa a respeito da precariedade das motivações das sentenças judiciais brasileiras e, como demonstrativo, excesso de aplicações de penas mínimas: NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 309 e ss.

3 CONCEITO MATERIAL DE DELITO E NECESSIDADE DE PENA

3.1 Um Ideal Limitador: O Sistema Integral de Direito Penal

Muitas são as etapas, tantas vezes pouco perceptíveis, que devem ser percorridas para a imposição de uma pena a determinado sujeito concreto. Na verdade, os pressupostos de imposição da pena, vistos em sua globalidade ou integração, estão muito mais além da teoria do delito, não obstante o protagonismo que a esta não pode jamais ser negado. Não parece ser difícil conceber, por meio de uma perspectiva mais atenta, que os princípios constitucionais, os institutos processuais, os fatores de individualização, tradicionalmente compreendidos de modo externo à dogmática penal, de algum modo bastante significativo, cumprem imprescindível papel nesta tarefa.⁴²⁵

O desenvolvimento da marcha processual, por exemplo, cuida-se de importante condição de possibilidade para o aperfeiçoamento da imposição da pena enquanto determinação judicial concreta. A caracterização do fato típico específico, as margens de punição estabelecidas em abstrato, as eventuais existências de causas de exclusão de ilicitude também são responsáveis, sobremaneira, para a determinação do andamento processual, a sua possibilidade de suspensão e a ocorrência de soluções voluntárias na composição dos litígios. Como já apontado, parece ser pouco produtiva a separação, a cisão completa entre a teoria do delito e a determinação da pena. Mais do que etapas sucessivas do ponto de vista cronológico ou de procedimentos, apontam estes dois momentos para uma “... *continuidade sistemática*...”⁴²⁶ apta a ser orientada sob os mesmos fins, ou seja, sedimentar, nos diversos momentos peculiares, semelhantes juízos de valor de cunho político-criminal.

De igual modo, as diretrizes constitucionais integram o conjunto de pressupostos de aplicação da pena. Elas cerceiam tipificações lastreadas na responsabilidade objetiva, impedem a aplicação de penais cruéis, sedimentam as balizas mínimas e necessárias

⁴²⁵ Nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. *Op cit.*, p. 21.

⁴²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: **INDRET: Revista para el análisis del Derecho**. Abril 2007, p. 8

para o início da articulação mais concreta do sistema criminal. A avaliação da teoria do delito pressupõe o respeito ao merecimento de pena, conceito este que alcança, ao nível constitucional, boa parte de seu conteúdo. O processo penal se faz legítimo se respeitador de corolários fundamentais, como a ampla defesa e o contraditório (devido processo legal material).⁴²⁷

Ao longo do exposto até o momento, foi demarcada a relevância de infiltrar, nos elementos decisórios da teoria do delito, valorações político-criminais capazes de avivar as finalidades da pena, a qual, mais do que consequência temporal do delito, deve ser o seu elemento constituinte, a razão por que um indivíduo pode ser punido, considerado em sua dignidade inserida no Estado Democrático. Nesse particular, buscou-se a demonstração da importância e a capacidade prático-decisória, que os conceitos de merecimento e necessidade de pena podem cumprir como instrumentos normativos no cerne das normas primária e secundária, respectivamente. A antijuridicidade, assim, aperfeiçoa-se como um juízo de merecimento de pena e a culpabilidade, de necessidade concreta da efetivação punitiva.

Nesta dinâmica, as finalidades impingidas à punição são responsáveis pela direção que é dada aos institutos dogmáticos. No entanto, pode-se sugerir ainda mais. Estas metas adstritas à sanção também existem no processo penal e na própria determinação da pena. Esta afirmativa não simboliza inexistência de diferenças elementares entre normas penais e processuais, entretanto, pretende unificá-las na compreensão de um mesmo desiderato, na medida em que integra, como pressupostos para a aplicação da sanção, tanto os aspectos substantivos, quanto os adjetivos.⁴²⁸

⁴²⁷ A respeito do direito de defesa e suas implicações constitucionais: FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 289 e ss.

⁴²⁸ WOLTER deixa clara este prolongamento do sistema criminal ao abarcar o processo penal e a estrutura de determinação da pena. Para o autor, esta conclusão é capaz de justificar, de forma racional, as hipóteses de renúncia de pena ou, ainda, de renúncia ao exercício da ação penal pública. *“El sistema procesal penal y el sistema de determinación de la pena parten, en cambio, del dato de que el autor no sólo ha realizado un injusto culpable merecedor y necesitado de pena, sino que, desde consideraciones genéricas de política jurídica general, así como desde consideraciones de específicas de política jurídico-constitucional y de política jurídico-procesal, se atribuye al Estado un derecho a recurrir a la pena (unido a un deber fundamental de ‘persecución y castigo’). Frente a esto excepcionalmente cabrá prescindir de la pena – salvaguardando un espacio para el arbitrio judicial – mediante la figura de ‘la renuncia a la pena’, o bien cabrá renunciar a la persecución penal mediante ‘la renuncia a ejercitar la acción’. Ello sucederá cuando la concurrencia de algunos aspectos relevantes (adicionales) del injusto o de la culpabilidad, o de determinados intereses preventivos o de ciertas finalidades extrapenales (relativas a la política jurídica general) o consideraciones jurídico-constitucionales (o incluso*

Com efeito, as fórmulas de confecção de um sistema integral de Direito penal ainda permanecem inacabadas. É um esboço ou modalidade de pensamento sistemático que aflorou na dogmática alemã praticamente na segunda metade da década de 1990. Mais ainda, poucas convergências são encontradas nos autores que resolveram se debruçar sobre a temática. Na Espanha, as primeiras traduções surgiram em 2004, sob a iniciativa do grupo de professores da Universidade Pompeu Fabra, em Barcelona, capitaneado pelo penalista JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ.

As ponderações já efetuadas, as quais inclusive permeiam anonimamente boa parte das postulações realizadas neste trabalho, apresentam algumas vantagens. Em primeiro lugar, ofertam um potencial explicativo para determinados institutos jurídicos, dado que possibilitam enxergar todo o aparato criminal como um conjunto ordenado de conhecimentos direcionados ao diagnóstico decisório a respeito dos casos merecedores e necessitados de pena. Em segundo lugar, a inserção racional das finalidades da pena nas estruturas deste sistema criminal significa um marco de superação ao tradicional binômio crime-pena, no qual a teoria do delito, o processo penal e a determinação da pena permanecem ilhados, sem conexão, impedindo a continuidade sistemática e de sentido entre estes segmentos jurídicos diferenciados doutrinariamente. Além disso, um sistema de delito que está constituído pelas finalidades da pena permite a extrapolação dos limites formais que sempre foram suficientes para justificar a reprovação penal. A segurança jurídica, sem qualquer espaço para o seu comprometimento enquanto garantia de suma importância do Direito moderno, pode alcançar um nível superior, isto é, a segurança da justiça, aperfeiçoada pela punição merecida e adequada, vista sob a ótica de uma comunidade contingente e deficiente como a brasileira.

específicamente de política jurídico-constitucional) determine que no sea necesaria la persecución penal en un caso concreto o que baste con un simple pronunciamiento de la culpabilidad con la renuncia a la pena.” (WOLTER, Jürgen. Estudios sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, sobreseimiento del proceso, de la renuncia de la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. Tradução Guillermo Benlloch Petit. In: WOLTER, Jürgen. FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 37.

Estas afirmativas podem ser vistas diante de três discussões paralelas e paradigmáticas, as quais ganham diferenciado colorido com os conceitos já analisados e encetados sob uma perspectiva integral. São eles: a necessária diminuição da incidência abstrata e concreta das penas privativas de liberdade, a avaliação conjunta das estratégias alternativas de caráter material e processual e a adoção justificada, no Direito brasileiro, das debatidas causas supraleais de exclusão de culpabilidade.

Antes de avaliar estes tópicos, mais algumas observações a respeito do conceito de merecimento e necessidade de pena, sob a dinâmica integral, são imprescindíveis. Este conceito, que está preenchido pelos ideais de proporcionalidade e adequação, bem como sediado sob o juízo de valor da antijuridicidade, possui na abstração punitiva e na interpretação conforme a Constituição seus aspectos relevantes. Considerações desta natureza são capazes de correção (interpretação corretiva) ao nível legislativo-judiciário, tratando-se de uma modalidade de outorga de racionalidade e coerência ao ordenamento jurídico.

Uma exemplificação pode decorrer da discrepância punitiva nas sanções cominadas nos artigos 121, § 3º, do Código Penal (homicídio culposo) e artigo 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (homicídio culposo na direção de veículo automotor). No primeiro caso, fixa o Código Penal a pena de detenção de um a três anos. No segundo, a pena estabelecida é de detenção de dois a quatro anos. Em face da conclusão da desproporcionalidade entre as penas estabelecidas, tendo em vista a abstrata e idêntica tipicidade subjetiva e ocorrência de igual resultado de morte, não parece existir óbices ao julgador para, não obstante a determinação legislativa, aplicar como balizas máxima e mínima na primeira etapa de fixação da pena aquelas postuladas no Código Penal, em detrimento das previstas na legislação extravagante. Embora a ocorrência da morte tenha derivado da violação de um dever objetivo de cuidado atinente ao trânsito de veículo, a pena-base atribuída pelas circunstâncias judiciais poderá ser aquela prevista no Código, como a pena de um ano de detenção. Percebe-se, pois, que a avaliação de um elemento normativo que constitui a própria estrutura da teoria do delito ganha aqui continuidade de efeitos na determinação da pena, entendendo-se, esta última, como uma continuidade sistemática.

Esta verificação pode ser percebida na instância processual, responsável pela utilização do benefício da suspensão condicional do processo e capaz de sujeitar o cidadão a esferas de ônus diferentes da cominação abstrata. Esta desproporcionalidade interna existente na legislação redundando no tratamento processual desigual. Sequer em tese, em face da previsão do artigo 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, poderá aproveitar-se deste benefício o indivíduo acusado de crime cuja pena mínima ultrapasse um ano de privação de liberdade. A aplicação uniforme da sanção estatuída no Código Penal possibilitará, uma vez reunidos os demais requisitos, ao cidadão acusado da prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor utilizar-se de seu direito de transigir, aceitando, como melhor solução para o caso, as condições impostas pelo *sursis* processual. Mais uma vez, aponta-se a relação entre o merecimento de pena e a inserção de hipóteses mitigadoras de natureza processual.⁴²⁹

No tocante à necessidade de pena, juízo político-criminal concreto pertencente à culpabilidade, a situação pode apresentar um certo grau de normativismo mais exacerbado. Não parece ser por outra razão que o acolhimento de princípios como a insignificância, isto é, derivado da perspectiva *ex post* do resultado, encerre tantas dificuldades para a sua harmônica utilização. Existe neste plano um critério de verificação (necessidade em sentido estrito). Indubitavelmente, a especulação acerca da possibilidade de cumprimento real das finalidades preventivo-especiais da pena não é tão segura e precisa quanto a análise da

⁴²⁹ Esta postura, que pode aparentar certo excesso de autonomia ao magistrado, já encontra, de alguma forma mais singela, respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual, em decisão do Ministro Celso de Mello, datada de 31 de março de 2008, deferiu liminar na Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 92.525-1 Rio de Janeiro, por entender inconstitucional a pena prevista para a receptação dotada de dolo eventual, se comparada com aquela estatuída no *caput* do artigo 180 do Código Penal. Salientou o julgador a falta de proporcionalidade derivada da maior severidade punitiva para a hipótese de tipicidade dolosa eventual em comparação com a tipicidade dolosa direta. A ementa foi descrita da seguinte maneira: “*EMENTA: RECEPÇÃO SIMPLES (DOLO DIRETO) E RECEPÇÃO QUALIFICADA (DOLO INDIRETO EVENTUAL). COMINAÇÃO DE PENA MAIS LEVE PARA O CRIME MAIS GRAVE (CP, ART. 180, “CAPUT”) E DE PENA MAIS SEVERA PARA O CRIME MENOS GRAVE (CP, ART. 180, § 1º). TRANSGRESSÃO, PELO LEGISLADOR, DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO “IN ABSTRACTO” DA PENA. LIMITAÇÕES MATERIAIS QUE SE IMPÕEM À OBSERVÂNCIA DO ESTADO, QUANDO DA ELABORAÇÃO DAS LEIS. A POSIÇÃO DE ALBERTO SILVA FRANCO, DAMÁSIO E. JESUS E DE CELSO, ROBERTO, ROBERTO JÚNIOR E FÁBIO DELMANTO. A PROPORCIONALIDADE COMO POSTULADO BÁSICO DE CONTENÇÃO DOS EXCESSOS DO PODER PÚBLICO. O “DUE PROCESS OF LAW” EM SUA DIMENSÃO SUBSTANTIVA (CF, ART. 5º, INCISO LIV). DOUTRINA. PRECEDENTES. A QUESTÃO DAS ANTINOMIAS (APARENTES E REAIS). CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO AB-ROGANTE. EXCEPCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO, SEMPRE QUE POSSÍVEL, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA INTERPRETAÇÃO CORRETIVA, AINDA QUE DESTA RESULTE PEQUENA MODIFICAÇÃO NO TEXTO DA LEI. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.*”

proporcionalidade e da adequação, etapas formadoras do juízo de merecimento. Incontestavelmente, exige-se aqui maior imparcialidade e menor emotividade do julgador, pois se trata de um julgamento projetivo, de parcimônia, perceptivo da real capacidade de rendimento da resposta penal e suas modalidades concretas de castigo. Se está diante de um prognóstico de consequência, o qual eleva a função judicial a patamar superior à legislativa.

Seja como for, um conceito material de delito definido por meio da necessidade de pena não se mostra totalmente incompatível com o ordenamento brasileiro, em que pese suas ainda raras previsões legais expressas, além de certa timidez judicial de reconhecimento, com fundamento na desnecessidade preventivo-especial, das causas supralegais de exclusão de culpabilidade. A adoção de um modelo nos parâmetros propostos permite um redesenho e expansão de situações de não-aplicação, ao menos, da pena privativa de liberdade.

O próprio artigo 59 do Código Penal faz referência expressa ao juízo de necessidade, no qual demarca os critérios judiciais para a objetivação da pena-base. A combinação do citado dispositivo com o artigo 44 da codificação permite inferir a existência da necessidade como subjacente à substituição da pena privativa de liberdade pelas modalidades de restrição de direitos e multa.

Um outro exemplo de falta de necessidade de pena decorre do perdão judicial, o qual está inserido nos artigos 121, § 5º e 129, § 8º, ambos do Código Penal.⁴³⁰ A título de exemplo, poderia ser citado, como modelo que esvazia a necessidade punitiva, o atinente ao crime de falso testemunho, qual seja, a previsão estatuída no § 2º do artigo 342 do diploma legal. Neste último caso, constrói-se, de maneira positivada, uma espécie de arrependimento posterior específico, com diferenciado limite temporal e consequências punitivas se comparado com a generalidade da norma do artigo 16.

⁴³⁰ Outras hipóteses de perdão judicial, comumente apontadas pela doutrina, podem ser encontradas nos artigos 176, parágrafo único, artigo 180, § 3º e artigo 249, § 2º, todos do Código Penal. Noronha define, da seguinte maneira, o instituto do perdão no Direito brasileiro: “*O perdão judicial pode ser traduzido como uma faculdade dada pela lei ao juiz de, declarada a existência de uma infração penal e sua autoria, deixar de aplicar a pena em razão do reconhecimento de certas circunstâncias excepcionais e igualmente declinadas pela própria lei.*” (NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. *Op. cit.*, p. 378).

Todos estes modelos reúnem situações que podem ser vislumbradas como demonstrativas do conceito de necessidade em sentido amplo, ou seja, cuida-se de um critério de necessidade legislado. A adoção efetiva da idéia normativa na teoria do delito e da determinação da pena importa na inclusão deste critério em hipóteses não-previstas em lei. Em face das disposições da legislação brasileira, a necessidade de pena em sentido estrito é, por excelência, um problema supralegal, um juízo político-criminal que se coloca sobre a lei.

A utilização deste instrumento normativo, sempre constituído pelas finalidades preventivas da pena, apresenta importância na estrutura do delito, na determinação da pena e no processo penal. No primeiro caso, sua função é permitir o juízo de culpabilidade, ofertando potencial de racionalidade e teleologia às causas de exclusão legais e supralegais. Atua como uma ferramenta metódica de verificação da ocorrência de um injusto culpável. Na determinação da pena, a qual pressupõe a ocorrência do delito, o conceito deve instruir o pensamento do juiz e formar a convicção do magistrado a partir de uma meta que necessita ser imposta, ou seja, um futuro com menores taxas de criminalidade. Cuida-se de uma estratégia racional. Por fim, o processo deve permitir a fluidez do conceito ao longo de seu desenvolvimento. Os procedimentos criminais devem estar preocupados com dados da realidade que outorguem ao juiz, ao final, informações primordiais para a formação da decisão nestes termos político-criminais.

A partir destas elaborações, as quais buscam lançar as bases para um modelo integral fundado sob a dinâmica preventiva, parece salutar a avaliação verticalizada de três aspectos relevantes para o sistema penal brasileiro. Conforme já adiantado, os conceitos de merecimento e necessidade podem trazer fecundas reflexões para:

- a diminuição da incidência, abstrata e concreta, da pena privativa de liberdade;
- a articulação mais ampla das estratégias penais alternativas;
- a adoção irrestrita, independentemente de previsão expressa, das causas supralegais de exclusão de culpabilidade.

3.2 Pena Privativa de Liberdade e Proteção de Bens Jurídicos

A busca de um conceito material de delito através das finalidades da pena não pode deixar de dedicar atenção especial à principal forma de sanção penal, qual seja, a privação de liberdade. No Brasil, assim como em grande parte dos países ocidentais, a pena privativa de liberdade assume a posição de principal resposta estatal pela violação do dever exigido criminalmente. Basta um simples lançar de olhos para os tipos incriminadores previstos no Código Penal ou na legislação extravagante para perceber o protagonismo, a posição central ocupada por esta modalidade. Com exceção da multa, como pena principal, praticamente todos os demais institutos punitivos estão amparados em limites, concretos ou abstratos, estabelecidos através da restrição da liberdade.

Não existe, aqui, qualquer pretensão de esgotar o tema a respeito da pena privativa de liberdade, até porque tal tarefa seria praticamente impossível. O que se propõe é unicamente a avaliação de algumas questões que, para a formação do conceito material de delito, podem ser percebidas pela relação deste com esta específica modalidade de sanção. Para isso, três pontos são importantes: a finalidade que o Estado Democrático pode conceber para a pena privativa de liberdade; sua justificativa no merecimento de pena e, por fim, a sua necessária imposição. Estes três pontos estão destinados à conclusão consistente na imperativa diminuição das situações de incidência concreta desta forma mais violenta de punição.

A situação contemporânea da pena privativa de liberdade passa pela percepção de uma cruel realidade. Nos dias atuais, ela goza de plena aceitação, isto é, não tem apresentado muitos “... *problemas de legitimação*...”⁴³¹ Cumpre ressaltar, contudo, que a história desta forma de punição não é muito antiga. Afinal, a prisão, por longo período de tempo, funcionou como um meio de custodiar o indivíduo à espera da execução efetiva de sua pena; prendia-se para aguardar a morte, o açoite, o degredo etc. A privação de liberdade não se verificava aqui como um fim ou uma pena em si mesmo.

⁴³¹ BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**: el sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 153.

A adoção da prisão como pena e da privação de liberdade como castigo simbolizou o início de um longo trajeto que parece historicamente unir esta modalidade às teses de ressocialização. A finalidade preventivo-especial sempre esteve de algum modo relacionada à prisão, fazendo parte de sua essência. De acordo com HASSEMER, esta afirmação resulta de três fundamentos básicos. Em primeiro lugar, diferentemente de outras penas, a prisão possui uma dimensão temporal, tendo em vista que não se esgota em sua própria execução. O tempo ocioso do condenado deve ser usado pelo Estado, preenchido com técnicas de adaptação. O segundo fundamento apresentado deriva da própria concepção empirista do século XIX, a qual acreditava possuir os meios adequados para intervir em busca do bem do criminoso. O terceiro aspecto resulta da necessidade estatal de legitimar a punição. O ideal ressocializador livra o Estado da imagem do guarda de calabouço, convertendo-o na figura “... *digna do médico*.”⁴³²

Esta cultura da ressocialização sempre foi objeto de severas críticas, mormente em razão de seus constantes fracassos, os quais deixavam a noção de recuperação do delinqüente apenas no âmbito do discurso. A própria tradição liberal do Direito penal, pautada por concepções como o livre-arbítrio, encetava uma série de objeções à postura de aproveitamento da pena como ressocialização. O fato de a pena consistir essencialmente em coação, o conhecido malogro de terapias compulsórias, a divisão dos indivíduos entre normais e defeituosos, além da fundamentação notadamente ideológica⁴³³ eram pontos centrais de críticas, capazes de abalar os alicerces de sustentação de modelos ressocializadores nos termos positivistas de VON LISZT ou antropológico-naturalistas de LOMBROSO.

Tais críticas, adicionadas à verificação da falta de correspondência entre o discurso ressocializador e a realidade prisional e suas condições, alcançaram um grau máximo na segunda metade do século XX.⁴³⁴ Naquela época, autores chegaram a profetizar o fim da

⁴³² HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. *Op. cit.*, pp. 231-233.

⁴³³ *Ib.*, pp. 234-237.

⁴³⁴ O auge desta deslegitimação da pena privativa de liberdade pode ser vislumbrado no início dos anos 70, quando o discurso ressocializador não conseguia mais ser sustentado em razão da realidade carcerária. “*Si bien probablemente la historia de la prisión es la historia de una crisis y un cuestionamiento casi permanente, no parece peregrino asumir que en los inicios de los años 70 del siglo XX puede situarse un momento álgido de esa deslegitimación. De hecho, no resulta difícil comprobar que buena parte de los autores implicados en aquella etapa en la crítica a la funcionalidad resocializadora y a la ideología del tratamiento pretendían cuestionar la*

privação da liberdade como pena; juridicamente, surgiam diversas formas alternativas de punição, criando um modelo denominado por alguns como bifurcado, dotado de sanções ambulatorias, por um lado, e de privação de liberdade, de outro. Uma espécie de consenso parecia surgir no universo científico especializado. A prisão deveria ser a *ultima ratio* da *ultima ratio*, deixando, para a grande maioria dos casos criminais, a aplicação das penas não-privativas de liberdade.

Não obstante todas as críticas e alterações legislativas, os últimos anos demonstram um acréscimo significativo no número de pessoas encarceradas. No Brasil, a população prisional praticamente duplicou nos últimos dez anos. A prisão continua como a estrela maior do espetáculo criminal. Sua justificativa deixou de ser a possibilidade de ressocialização,⁴³⁵ converteu-se na idéia da segurança, da segregação, da neutralização. Talvez esta tenha sido sempre a sua verdadeira razão, a qual agora se mostra desnuda, sem a necessidade de vestir a roupagem ideológica da promoção de benesses ao criminoso. O delinquente, neste cenário, transforma-se em objeto perigoso, em fonte inesgotável de desvios e infortúnios para a coletividade. Em essência, deve-se proteger a sociedade na medida em que o criminoso está privado de sua liberdade.

Com este raciocínio, a lógica do cárcere e da segurança adentra em problemático reducionismo de perspectiva. Se a dinâmica reside na neutralização, o sistema será melhor na medida em que conseguir prender o maior número de pessoas pelo máximo de tempo. Nesta equação, as externalidades produzidas importam quase nada, não são algarismos

legitimidad de una penalidad, la privativa de libertad, que estimaban inadmisibles.” (BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**: el sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación. *Op. cit.*, p. 154).

⁴³⁵ Após uma detalhada análise dos números mundiais da população carcerária, com destaque para os Estados Unidos da América e Espanha, BRANDARIZ GARCIA destaca as seguintes afirmativas acerca da prisão na atualidade: “*Lejos de la crisis que pareció afectarle hace algunas décadas, o como un enésimo episodio de superación de esos momentos críticos, la prisión se impone en la transformación político-criminal presente como una institución sólida e imprescindible. La cárcel emerge incólume de la crisis de su fundamentación resocializadora. Ha logrado mantenerse, formalizado – esto es, vaciando en gran medida de contenido – sus mecanismos de tratamiento, y adecuándose, más allá de ellos, a una nueva funcionalidad, acorde con la orientación político-criminal del presente. En línea con lo que se predica de las características generales de la sociedad de control, la prisión pierde una funcionalidad trascendente, limitándose de forma creciente a su clásica función inherente, esto es, la de custodia, que en la transformación presente acumula cada vez en mayor medida (sobre todo por el incremento general de las penas, y de las dificultades para acceder a regímenes de semilibertad o libertad condicional) perfiles incapacitadores, segregadores, sin garantizar por ello mayor eficacia en la reducción de la criminalidad.*” (Ib., p. 170).

influentes no resultado. A máxima do encarceramento continua irredutível diante da demonstração de sua ineficiência para o controle do crime e da criminalidade. As taxas de encarceramento não apresentam relação com as taxas de criminalidade. Mais ainda, esta dinâmica punitiva não se faz comovida com as péssimas condições dos estabelecimentos prisionais, com o cenário degradante que apresentam, resumindo o investimento estatal em construção de novas vagas, sempre menores e insuficientes para a demanda.⁴³⁶

Beira a obviedade afirmar que a estruturação da pena privativa de liberdade nestes moldes é incompatível com o Estado Democrático. A própria autonomia entre taxas de criminalidade e de encarceramento já seria suficiente para, de um ponto de vista utilitário ou pragmático, perceber que a prisão não funciona como meio adequado para a proteção de bens jurídicos. Sua existência, enquanto ameaça ou concreção, não tem o condão de evitar a ocorrência de infrações de deveres, resumindo-se, quando muito, a evitar nova delinquência por parte do condenado enquanto está, exclusivamente, cumprindo a pena. Os efeitos contrários, aliás, são massivos, em face da grande capacidade de fomento delitivo proporcionada pela privação da liberdade.

Estas ponderações, de algum modo, precisam adentrar na dogmática jurídico-penal. Dois traços precisam conduzir a utilização racional desta modalidade de pena. Tendo em vista sua impossibilidade momentânea de abolição, a prisão, em primeiro lugar, deve ser considerada como *ultima ratio*, como violência estatal inigualável, utilizada exclusivamente para situações de extremada necessidade. Esta assertiva vale tanto para a norma de conduta (merecimento de pena privativa de liberdade) quanto para a norma de sanção (necessidade de pena privativa de liberdade). A utilização da privação de liberdade deve diminuir não só em sua aplicação judicial, mas também enquanto ameaça genérica, *ex ante*, à infração do dever.

Em segundo lugar, para a adequação desta sanção ao Estado Democrático, há de se retomar a premissa preventivo-especial. Não se busca com isso uma

⁴³⁶ Estas afirmativas são resultados da velha máxima: “... *más policía, leyes penales más severas, más cárceles, significa un incremento de la población reclusa pero no el correlativo descenso de la criminalidad.*” (Ib., p. 173).

nova legitimação da pena privativa de liberdade, mas a única maneira de alterar sua lógica perversa de inclusão do máximo número de pessoas. A pena deve postular a conferência de oportunidades sociais, compatibilizando sua execução forçada com incentivos familiares pelo bom comportamento, oferta de emprego, capacitação profissional e auxílio médico. A sociedade deve rivalizar com os eventuais proveitos conferidos pelo delito, persuadir o indivíduo e mostrar positivamente que os valores por trás das normas penais devem ser preservados.

Nesse contexto, a pena privativa de liberdade passa a compreender um programa de integração social que se destina a promover, no sentido de justificar, as razões pelas quais os valores vigentes precisam ser observados. Assim, vislumbra-se tanto sua faceta de prevenção especial, quanto geral. Sob estes parâmetros, dar-se-á sua integração no merecimento e na necessidade de pena. Atualmente no Brasil, não há como dizer que a pena privativa de liberdade seja merecida. Sua ameaça é sempre desproporcional e inadequada e a sua efetivação concreta, desnecessária, pois no Estado Democrático jamais pode ser substancial submeter um indivíduo à mais profunda humilhação, somente capaz de promover e incrementar a prática de crimes. Ambos os fatores, *ultima ratio* e prevenção especial, estão, pois, imbricados.

No que tange ao merecimento de pena privativa de liberdade, a questão da legitimidade da restrição geral e abstrata da liberdade dos cidadãos ganha uma dimensão significativa. Aquelas condutas muito agressivas e intoleráveis podem justificar a adoção da prisão, tendo em vista o necessário respeito à proporcionalidade e à adequação. Assim, a imposição geral da ameaça desta modalidade de pena e sua respectiva quantificação passam por duas questões. A primeira refere-se às condutas criminais que não possuem altissonância para o recebimento de tais gravames. Dentre elas, estão incluídas situações atinentes aos delitos ambientais, econômico-financeiros, do consumidor, além de figuras ainda tradicionais constantes no Código Penal (“... *problema da proporcionalidade...*”).⁴³⁷ A segunda questão

⁴³⁷ SILVA SÁNCHEZ, ao fazer uma espécie de resenha do pensamento integral de FRISCH, salienta a postura adotada pelo autor de buscar um conceito material de delito por meio da pena. Assim, apenas fatos com gravidades substanciais poderiam ser identificados com a pena. Em suma, apenas nestas hipóteses haveria proporcionalidade. Nas palavras do autor: “*Escéptico, con razón, frente a las posibilidades de que la teoría del bien jurídico tenga de proporcionar las bases de dicho concepto material, FRISCH ensaya otra vía, en concreto, la que resulta de la puesta en relación del delito con su sinalagma, la pena. Delito es, para FRISCH, aquello que*

está no Estado, utilizar a pena como ameaça a determinadas infrações que deveriam ser contidas por outras estratégias, algo verificável nos delitos denominados de massa. A pena não pode ser um substitutivo repressivo da deficiência do Estado Social. O paradigma da segurança não deve cegar o Poder Público da reflexão de suas carências, culminando em uma sociedade, além de excludente, opressora (problema da adequação).

Já em relação à necessidade de pena privativa de liberdade, o conceito material de delito deve propiciar uma série de medidas alternativas aptas a reduzir, significativamente, a sua incidência. Estratégias materiais e processuais devem ser bem-vindas, em face do próprio reconhecimento das mazelas do cárcere. Dessa maneira, cuida-se de um problema de culpabilidade, norma secundária e efetivação punitiva no caso concreto.

3.3 Culpabilidade, Norma Secundária e Necessidade de Efetivação Punitiva

O sistema criminal, ao mesmo tempo que fixa abstratamente penas privativas de liberdade para determinadas infrações de deveres, também apresenta uma série de possibilidades para evitar a concreção desta modalidade. A reforma parcial do Código Penal de 1984, o advento da Lei nº 9.099/95 e o incremento das penas restritivas de Direito por meio da Lei nº 9.714/97 são alguns exemplos da percepção legislativa da desnecessidade, em certas circunstâncias e sob algumas condições, da pena privativa de liberdade. Assim, ainda que o legislador não tenha resolvido abrir mão da imposição genérica desta última reprimenda, percebeu os efeitos tantas vezes inócuos, senão contraproducentes, de sua aplicação efetiva.

Estas estratégias alternativas, materiais ou processuais, podem ser entendidas como conformações, mais ou menos coordenadas, de um conceito material de delito. Em que pese o fato de continuar a ser considerado merecedor e necessitado de pena nos

se hace acreedor de una pena y necesita dicha pena. La pena, por su parte, es la reacción estatal más grave, a la que además es inherente un juicio de reproche ético-social. Siendo así las cosas, y siguiendo un criterio de racionalidad y de justicia, sólo pondrán ser constitutivos de delito los hechos que muestren una gravedad sustancial como la que identifica la pena. De algún modo, y dado que la fuerza estigmatizante se la prestan a la pena los delitos pertenecientes al núcleo más tradicional del Derecho penal, los demás hechos conminados con pena habrían de ser sustancialmente análogos a los comprendidos en dicho núcleo.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. Op. cit., p. 25).

casos de aplicação das medidas substitutivas, por exemplo, o condenado em muito é afastado daquela realidade propriamente criminal, já que suporta a condenação em todos os seus efeitos jurídicos, porém não se submete àquilo que o sistema possui de mais desumano. Nestes casos, a dimensão simbólica da punição permanece, mas sua dimensão fática é alterada. No tocante às estratégias que evitam o próprio deslinde final da demanda, tais como: a suspensão condicional do processo, a composição civil dos danos ou a transação penal, não parece ser correto dizer que não sobrem ônus ao beneficiado; todavia, é evidente que a percepção da necessidade de pena é ainda mais diminuta.

Estas situações, conforme já apontado, resplandecem uma certa ambigüidade do legislador. Ao mesmo tempo em que mantém a infração genericamente como delito, percebe que a conduta concreta muitas vezes não necessita resposta atribuída ao nível legal. É como se o Estado, em todo o momento e de forma repetida, reafirmasse a opção pela criminalização e, logo depois, estivesse ligeiramente arrependido. FRISCH chega a salientar que, nestes casos de “impunidade”, o que ocorre é a percepção da irracionalidade e inadequação de reagir com pena frente a determinadas realidades, mesmo que compreendidas literalmente na norma penal.⁴³⁸ Ainda de acordo com o autor, com o qual aqui se concorda, estas opções alternativas não significam indulgência do legislador. A lei, nestes casos, é resultado de valorações mais profundas, tendo em vista um consenso positivado de que determinados fatos, apesar de tipificados formalmente, não carecem da sanção. Há de existir uma vinculação de tais institutos com uma “... concreta tradução do conceito material de delito.”⁴³⁹

⁴³⁸ Ao afirmar que não é compreensível que determinadas infrações não relevantes cheguem a estar castigadas com pena, complementa o penalista afirmando que: “*La impunidad resulta aquí porque vemos como irracional e inadecuado reaccionar con pena frente a determinadas realidades (pese a que están comprendidas en el tenor literal de los preceptos penales). Y procediendo en virtud de consideraciones racionales, articulamos una determinada manera de comprender el injusto que merece y necesita pena que constituye nuestra representación del delito y que no se corresponde con la de los supuestos mencionados.*” (FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *Op. cit.*, p. 207).

⁴³⁹ FRISCH afirma textualmente que os preceitos penais de merecimento e necessidade têm a sua positivação devida “... a un consenso más o menos extendido que da por supuesto que determinados hechos que se hallan en el nivel bajo (culpabilidad disminuida, ausencia de interés público) no merecen la sanción con pena o bien no la necesitan. A esta perspectiva obedece también el sobreseimiento por parte de los órganos de persecución penal. Y ello significa que, en todo caso y en la medida en que se consiste tal sobreseimiento, se está considerando que ello está vinculado con una concreta traducción del concepto material de delito. No se trata tampoco de una decisión ‘de indulgencia del legislador’. La ley es aquí sólo expresión de valoraciones más profundas (sobre lo

Um problema desta construção que pode ser objetado está na dificuldade de relacionar a noção de necessidade de pena com um tipo de sanção específica. Nesse sentido, o conceito material de delito pode não prescindir de um conceito material-restritivo de pena. Desde o início, o que se tem afirmado é que podem ser considerados delitos aqueles comportamentos ou infrações que mereçam e necessitem pena. A pergunta que remanesce é: Qual pena? Isto porque, no caso das medidas alternativas, pode ser afirmado que a pena privativa de liberdade não é necessária. Entretanto, não há dúvidas de que a resposta penal subsiste de outra maneira, considerando, inclusive, os próprios efeitos da condenação. Isto quer dizer, portanto, que há crime. Na situação de óbices processuais para o prosseguimento do juízo, o indivíduo fica submetido a determinadas condições (suspensão condicional do processo e transação penal), as quais importam em ônus derivado de oportunidade pela acusação do cometimento de um injusto penal.

Uma postura formal da sanção penal, que a identificasse como qualquer resposta jurídica derivada da infração qualificada da norma primária, redundaria, necessariamente, em compreender todos estes casos como merecedores e necessitados de pena. A dimensão simbólica bastaria para tal conclusão. É inegável a diferença fática entre uma pena privativa de liberdade e qualquer outra modalidade. As demais formas de sanção apresentam violência infinitamente menor, o que as permite identificar com outras formas sancionatórias próprias do Direito civil ou administrativo. Na legislação brasileira, aliás, não são raras as invasões patrimoniais muito mais severas em condenações relacionadas, por exemplo, a improbidades administrativas do que àquelas genuinamente criminais.

Hodiernamente, não parece muito fácil, dentro de uma perspectiva fática, admitir uma unidade nas penas criminais. Ainda que todas devam estar submetidas às mesmas finalidades, um conceito de necessidade de pena pode impedir, tantas vezes, a imposição da pena privativa de liberdade.⁴⁴⁰ um outro problema é em relação à restrição do Direito penal em

que convierte algo en un delito), que no pueden de ningún modo obviarse (y racionalmente no se obviarán)." (Ib., p. 203).

⁴⁴⁰ FRISCH, ao contrário do que aqui se postula, faz uma distinção, para a admissão do conceito material de delito, entre sanção criminais e as demais. Ao imaginar a sanção penal nestes moldes, seu conceito material de delito encontra, ainda mais, uma incompatibilidade com a realidade legislativa. O que parece mais acertado é admitir esta duplicidade de sanção, privativas de liberdade e não privativas de liberdade. Assim, o conceito

sua globalidade, de modo a evitar sua atuação em campos já protegidos por outras esferas jurídicas, já que, nestes casos, haverá uma dupla proteção. O merecimento de pena, conforme explanado, é o responsável por corrigir estes desvios legislativos no tocante à norma de conduta.

Esta problemática acontece porque a admissão de penas criminais, factualmente diversas, poderia redundar na compreensão, como imagina SILVA SÁNCHEZ, a respeito da necessária dualidade da própria concepção de delito.⁴⁴¹ Nestes casos, haveria, basicamente, duas classes de delitos. Por um lado, aqueles submetidos à pena privativa de liberdade e, de outro, os não-submetidos. Para os primeiros, a pena deveria compreender a máxima gravidade em sua dimensão fática e simbólica. Para os segundos, a dimensão simbólica continua necessária, mas a fática poderia ser relativizada. Esta parece ser a razão que, em última instância, justifica modelos de dualidade do sistema criminal, como o Direito penal de duas velocidades ou, em tom diferenciado, a proposta de HASSEMER a respeito do Direito de intervenção. Em ambos os casos, a exclusão da pena privativa de liberdade conduziria à diminuição de garantias, levando-se em conta a correlativa diminuição da margem de invasão do Estado na liberdade do cidadão.

Estas propostas, ao que parece, acabam por diminuir a capacidade de rendimento limitador do conceito material de delito no que tange à norma de conduta e ao

material de delito pode atuar em duas frentes. No âmbito da norma de conduta, o legislador necessita atuar com proporcionalidade e adequação, o que transformaria o conceito de merecimento de pena em limitador das zonas de atuação penal. Na hipótese do merecimento de pena, buscar-se-ia a aplicação daquela mais adequada para fins preventivo-especiais, diminuindo, ainda mais, a incidência penal e, em consequência, também da efetivação prisional. Esta sua postura a respeito da unificação das penas criminais é criticada, com razão, por SILVA SÁNCHEZ. “*Una posibilidad alternativa a la de FRISCH sería trazar la frontera no entre penas y otras sanciones estatales, sino dentro de las propias penas, entre la privativa de libertad y otras penas. El trazado de la frontera en este segundo punto presupone una determinada articulación de las dos dimensiones de la pena: la fática y la comunicativa. Ciertamente, todas las penas, por el hecho de serlo (con todo lo que eso conlleva), tienen una relevancia comunicativa coincidente en lo esencial; ahora bien, en términos fácticos, las diversas penas no pueden equipararse en absoluto. Podría, pues, sostenerse que, mientras que la pena privativa de libertad es distinta, tanto en su dimensión fática como en su dimensión comunicativa, de las sanciones extrapenales, otras penas, si bien distintas de las sanciones extrapenales en lo que hace a la dimensión comunicativa, son básicamente coincidentes con ellas en lo fáctico. Desde un punto de vista que tomara en consideración la dimensión fática sería, pues, razonable no hablar en general de penas, sino atender a la diversa configuración de éstas.*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. *Op. cit.*, pp. 25-26).

⁴⁴¹ *Ib.*, p. 26).

merecimento de pena. Consoante o postulado, a tipificação de comportamentos que, sequer abstratamente, aponta a incidência da pena privativa de liberdade pode, na grande maioria dos casos, não consistir em um problema criminal. Não há razão para criar uma instância criminal destinada a absorver estas situações. As modalidades de resposta civil, administrativa ou de intervenção, nos seus respectivos limites, não são questões penais. A aplicação da pena privativa de liberdade ou a introdução na seara criminal de comportamentos desta natureza deve ser corrigida pelo merecimento de pena, considerando sempre a relação entre as finalidades da sanção, o bem jurídico e a orientação interpretativa constitucional.

A necessidade de pena e a sua escolha da imposição ou não da sanção já pressupõem o merecimento, isto é, partem da premissa de que a determinação do dever penal é legítima em abstrato. A função do merecimento de pena é resguardar o Direito penal para aquelas situações em que, genericamente, se faz imperativa, simbólica ou factual a imposição das sanções jurídicas mais graves. Esta afirmativa, se cumprida, exclui qualquer necessidade de bipartição interna do sistema criminal. A necessidade de pena, por seu turno, apresenta a função de verificação concreta da utilidade da punição, sustentando ora a sua não-aplicação, ora a determinação da pena em padrões diferenciados (não privativa de liberdade). Por esta razão, a importância deste conceito não está meramente na estrutura do delito, como representação binária do ser ou não crime, mas também no Direito de Determinação da Pena. Portanto, trata-se de um conceito normativo de decisão, tanto do ponto de vista da existência do delito quanto da graduação da pena.

Ao afirmar que o delito é o fato merecedor e necessitado de pena não se pode esquecer da pergunta imediatamente subsequente, a qual não permite sua total independência da assertiva anterior. Se o fato é caracterizado como crime, deve-se questionar qual deverá ser tal pena, o seu montante, a sua forma de execução etc. Esta idéia da necessidade, a qual está intimamente ligada com uma finalidade, deve orientar toda a aplicação do Direito penal. Esta aplicação, inclusive, se faz mediante processo, com suas

respectivas técnicas de solução. O conceito é unificador, propicia uma “... *teoria integral do Direito penal*.”⁴⁴²

Em relação à teoria do delito, a participação da necessidade de pena já foi descrita à exaustão. Além de sua faceta positivada, o juízo de culpabilidade deve cuidar de perceber outras situações nas quais a punição é desnecessária, adotando-se, inclusive, as causas supralegais de exclusão. No tocante à determinação da pena, este conceito igualmente é importante e será responsável por preencher, por meio de um juízo político-criminal e interdisciplinar, todas as diretrizes estabelecidas no artigo 59 do Código Penal. O critério aqui elegido é a prevenção especial, com um mínimo de pragmatismo preventivo-geral, o qual, no mais, representa o limite mínimo estabelecido em abstrato pelo conjunto normativo do ordenamento jurídico.

O processo tem uma participação imprescindível, uma vez que é o único mecanismo pelo qual o Direito penal poder ser concretizado. Por esta razão, a marcha processual precisa atuar em conformidade com os fins buscados pelo sistema criminal como um todo, visto em sua integralidade. O processo deve aproximar o Direito penal da realidade, de forma a permitir com que exerça a sua função de proteção de bens jurídicos e, mais do que isso, que todas as conseqüências daí derivadas apontem para uma noção preventiva de suas respostas.

Para melhor compreender esta afirmativa, convém salientar uma premissa essencial. A função do processo penal é garantir, ao máximo possível, equiparação entre a realidade jurídica e a realidade concreta. A perfeita unificação é unicamente um marco ideal, por impossibilidade de total absorção de ocorrências pretéritas. Esta é a razão de existirem as garantias processuais e o procedimento, uma vez que quanto maior o seu rigor no

⁴⁴² Do ponto de vista de um sistema integral de Direito penal, unificado por meio da idéia de fim, bastante esclarecedora é a passagem de FREUND. Esta finalidade na aplicação concreta do Direito penal não está apenas no fato de que “... *el sistema de delito y de la determinación de la pena deben perseguir un mismo fin (o idea de fin), sino, también, que el Derecho procesal no se encuentra al margen de los dos anteriores, sino que es otro subsistema dentro del más amplio sistema integral del Derecho penal. Sólo con un sistema vinculado de este modo a la idea de una persecución de fines susceptible de ser legitimada es posible poner remedio al eclecticismo que actualmente impera en muchos ámbitos del Derecho penal, ya sea sustantivo, procesal o de la determinación de la pena.*” (FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. *Op. cit.*, p. 95).

cumprimento, mais provável é a diminuição do déficit entre a realidade concreta e a construída juridicamente. Na medida em que o rito procedimental caminha, a dúvida a respeito do caso tende a diminuir, sendo a decisão o momento onde esta dúvida, sempre existente, será a menor possível.

Com isso, apresenta racionalidade a impossibilidade de quaisquer tratativas processuais entre as partes que disponham a respeito da aplicação de pena privativa de liberdade. Por ser a modalidade máxima e mais violência, a mínima dúvida pode encetar a sua imposição. Situações de dúvidas mais amplas podem funcionar como mecanismos de admissão de outras consequências penais, como aquelas derivadas da transação ou da suspensão condicional do processo. Figura aqui um juízo de necessidade de respostas alternativas, na qual o Estado se contenta, tendo em vista aspectos especiais que possibilitam, ainda que na ausência da pena abstratamente cominada, o alcance das finalidades preventivo-especial e pragmática.

Não é sustentável o argumento a respeito da violação do devido processo legal pertinente às medidas processuais alternativas. Cuida-se de uma oportunidade de resolução do caso com um nível de dúvida diverso daquele existente na sentença. Dada a menor relevância da infração do dever, do resultado ocasionado, além das condições especiais do indivíduo, as finalidades do sistema criminal e da pena podem ser obtidas com o mínimo de invasão na esfera de liberdade do cidadão. As consequências da sanção são desnecessárias, facultando ao sujeito passivo da relação processual a admissão de outro tipo de resposta, na qual os ônus menores podem propiciar resultados mais expressivos e menos custosos.

Estas respostas alternativas, através de um juízo de necessidade mínima de pena para o alcance das metas punitivas, aparecem em dois momentos, sempre orientadas pelos conceitos normativos de merecimento e necessidade. A verificação pode ocorrer tanto no âmbito da determinação da pena, quando a pena não-privativa de liberdade possuir caráter substitutivo, quanto na própria dinâmica processual, na qual sequer a mínima dúvida é necessária para a obtenção das metas político-criminais do sistema.

Por fim, são importantes algumas abordagens complementares a respeito da necessidade de pena como constituinte do próprio conceito de delito. Nestas hipóteses, o conceito não será de graduação, mas de exclusão delitiva em razão de causas supraleais, oportunidades em que a pena, não obstante merecida, se torna desprezível.

3.4 Sistema Aberto e Limitação da Imposição de Pena: Causas de Exclusão Normativas

As causas de exclusão normativas, aqui entendidas como juízos de culpabilidade, causas supraleais de exclusão ou falta de necessidade de pena em sentido estrito, não podem ser olvidadas na elaboração de um sistema de delito comprometido com conhecimentos externos ao Direito. A moldagem de um sistema aberto deve sopesar, para a valoração da necessidade, todas as implicações concretas da sanção penal e, mais ainda, a realidade social, contingente, na qual o indivíduo está inserido. Estas avaliações podem redundar, em que pese a existência de um inequívoco injusto típico, na limitação da imposição da pena ou em fixações punitivas diferenciadas, problema este afeto à determinação da sanção.

No caso do Direito penal brasileiro, este problema sempre esteve intimamente vinculado, por exemplo, com o requisito de culpabilidade intitulado inexigibilidade de conduta diversa. A dinâmica de elaboração da Parte Geral de 1984 demonstrou, a propósito, significativo avanço conceitual nesta matéria, o que, infelizmente e por falta de previsão legal expressa, acabou sofrendo inúmeras dificuldades posteriores de compreensão. Na lógica do pensamento jurídico de ASSIS TOLEDO, tal conceito seria a mais importante causa de exclusão da culpabilidade, um verdadeiro princípio de Direito penal, dispensando, inclusive, a positivação de normas expressas a respeito.⁴⁴³

⁴⁴³ Nas palavras do autor: “A *inexigibilidade de outra conduta* é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supraleal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.” (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 328).

Nesse diapasão, preferiu nossa legislação apontar algumas situações específicas, como os exemplos das previsões estatuídas nos artigos 22 e 128, incisos I e II, ambos do Código Penal. Tais postulações podem ser entendidas como certas referências à noção subjacente ao conceito. A jurisprudência desenvolveu a aceitação da idéia para algumas situações-modelo, cujo expoente mais significativo pode ser o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa para o empresário, acusado da prática do delito contido no artigo 168-A do Código Penal, que não tinha, à época do recolhimento, condições econômicas para o devido adimplemento dos débitos de natureza previdenciária.

O forte antagonismo de defesas escoradas em argumentos extralegais culminou em dificuldades até de natureza processual. Não é de hoje a polêmica existente nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri. A explanação em plenário, pela defesa da tese de inexigibilidade de conduta diversa, encontra fortes restrições acerca de sua possibilidade de se transformar em quesito, ou seja, de ser submetida à apreciação do Conselho de Sentença.⁴⁴⁴

Um outro problema derivado da falta de previsão expressa no Direito penal brasileiro são as possibilidades exculpantes derivadas das causas de justificação. A questão aqui não está nas conseqüências da adoção da teoria limitada da culpabilidade para a solução do erro, porque o legislador foi atento na dinâmica de construção do erro de proibição, conforme preceitua o artigo 21 do Código Penal. A falsa compreensão do agente quanto à existência ou extensão das causas de justificação também se sedimentou na doutrina como excludente de culpabilidade, desde que presente o ânimo de defesa. Assim sendo, cuida-se da construção doutrinária do erro de proibição indireto,⁴⁴⁵ o qual se apresenta como fenômeno

⁴⁴⁴ A respeito dessa problemática: “Alguns juízes e promotores, ainda resistentes ao moderno Direito Penal, não se cansam de combater as teses que, de alguma forma, possam beneficiar os acusados, seja afastando a caracterização da infração, seja evitando a aplicação de sanções severas e desnecessárias. Nos julgamentos realizados pelo Júri, observamos esta resistência no que diz respeito à aceitação da tese de inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Tudo isso, por conta de uma interpretação que, nos dias de hoje, entende-se por completamente equivocada. Argumentam os defensores desta interpretação que o inciso III do art. 484 do Código de Processo Penal somente permite a formulação de quesitos se ‘o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique.’” (GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. *Op. cit.*, p. 451). No mesmo sentido, TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 329.

⁴⁴⁵ Entre outros: “O erro de proibição indireto é denominado por JESCHECK erro de permissão, porque o autor não crê que o fato seja ilícito simplesmente, senão que desconhece a ilicitude, no caso concreto, em razão da

diverso do erro sobre circunstância fática atinente à justificante, articulado como um erro de tipo permissivo (artigo 20, § 1º, do Código Penal).

Diferentemente destas hipóteses, a legislação brasileira não adotou uma postura diferenciadora do estado de necessidade,⁴⁴⁶ não reconhecendo, textualmente, a situação exculpante que pode derivar de um eventual sacrifício de bem de maior valor em detrimento daquele de menor importância.⁴⁴⁷ Além disso, não foi expressamente prevista em nosso ordenamento a denominada legítima defesa exculpante, situação na qual o excesso caracteriza-se como intensivo, isto é, produto do estado de confusão, medo ou susto inerente à própria circunstância agressiva.⁴⁴⁸

Estas polêmicas jurídicas podem ser resolvidas de maneira mais satisfatória com a adoção de um juízo político-criminal consistente na necessidade de pena no caso concreto, o qual apresenta vantagens significativas. Em primeiro lugar, rompe o problema da dificuldade demonstrativa ontológica da real existência de inexigibilidade de conduta diversa. Com isso, adota-se a já mencionada postura de ROXIN, para quem a responsabilidade, em grande parte pelo malogro do conceito, foi insistir na inglória tarefa de pesquisar o estado concreto do sujeito referente ao fato sempre pretérito. O que se exige não está verdadeiramente ancorado no indivíduo, mas sim no próprio ordenamento jurídico,

suposição errônea da existência de uma proposição permissiva.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Volume 1. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 459). No mesmo sentido, TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 271.

⁴⁴⁶ Ressalva deve ser feita ao Código Penal Militar, o qual foi expresso no reconhecimento do estado de necessidade exculpante. De acordo com a literalidade do artigo 39 daquele diploma legal: “*ESTADO DE NECESSIDADE, COM EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE - Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.*”

⁴⁴⁷ Sustenta ASSIS TOLEDO que este estado de necessidade exculpante pode traduzir uma situação de inexigibilidade de conduta diversa, atuando como causa supralegal de exclusão pois é “... *resultado de simples desdobramento do princípio da culpabilidade [...] está na base do sistema penal vigente, anteriormente ‘as próprias normas legisladas.*” (Ib., p. 181).

⁴⁴⁸ Este excesso intensivo pode ser definido como aquele que “... *decorre de o agente ter imprimido intensidade superior àquela que seria necessária para o ato de defesa, fazendo-o, porém, em virtude do estado de confusão, susto ou medo, de que estava possuído diante da injusta agressão da vítima. Nessa hipótese, não se pode falar em exclusão da ilicitude, por estar ausente a moderação exigida. Não obstante, não se pode igualmente censurar o agente pelo excesso, por não lhe ser humanamente exigível que, em frações de segundo, domine poderosas reações psíquicas – sabidamente incontrolláveis – para, de súbito, agir, diante do perigo, como um ser irreal, sem sangue nas veias e desprovido de emoções.*” (Ib., p. 330).

principal responsável pelos graus de tolerância comportamentais. Ainda que o excesso possa implicar em injusto típico, não parece razoável que o sistema legal invoque do indivíduo cálculos racionais para o sucesso de sua defesa. O mesmo pode ser dito na aceitação pacífica de destruição de certos bens. A questão deve ser vista sempre como um problema normativo, produto de um juízo de valor humano.

Deste último aspecto resulta mais uma vantagem. O juízo de culpabilidade, embasado sob a dinâmica da necessidade de pena, unifica os conceitos de exclusão sob um mesmo critério racional, abrindo margens judiciais que favoreçam, sempre em benefício do acusado, um desapego mais incisivo das estritas situações estabelecidas pela legislação.

Por fim, e este talvez tenha sido o grande ideal almejado pelo inicial giro funcionalista da segunda metade do século passado, esta perspectiva valorativa culmina na aproximação judicial da realidade do caso e, principalmente, das mazelas da pena. A punição, conforme comentado, deve possuir um ideal projetivo, de consequência, não podendo resultar das cegas e frias palavras da legislação criminal. A finalidade da pena precisa constituir, oferecer significado à própria punição. O sentido da sanção constitui o conceito de delito. O sistema criminal deve cumprir fins de aprimoramento social, adequar-se às hipóteses cuja atuação é imprescindível. O ato de punir deve refletir um consenso humanizado, solidário, sempre reflexivo de uma sociedade que, a todo o tempo, deve reafirmar o compromisso com a democracia e a dignidade positiva de seus homens.

CONCLUSÕES

- 1 O atual processo de expansão do Direito penal, ao representar um uso excessivo e irracional da pena, incompatível com as liberdades individuais mínimas, impõe ao jurista a busca de mecanismos dogmáticos destinados ao regramento da dimensão político-legislativa. Um importante ferramental nesta tarefa é a melhor definição do conceito material de delito, integrado com as finalidades da pena e com o conjunto de pressupostos jurídicos de imposição da sanção penal.
- 2 A finalidade do Direito penal no Estado Democrático de Direito deve ser, exclusivamente, a proteção de bens jurídicos, entendidos como um objeto ideal e representativo de realidades sociais valiosas. Assim, o conceito de bem jurídico atua como o primeiro pressuposto para a conversão de um fato em delito, eis que limita a tipificação somente àqueles comportamentos que possam realmente afetá-lo com significativa intensidade penal.
- 3 Na medida em que o conceito de bem jurídico visa impedir a banalização da normatividade penal, a pena, como consequência delitiva, assume preponderante cunho preventivo. É por meio da sanção criminal que os delitos devem ser evitados, tanto na perspectiva geral quanto na especial. Para o cumprimento desta tarefa, as finalidades da pena transformam-se em constituintes do conceito de crime, aperfeiçoado sob as balizas de questionamentos político-criminais.
- 4 A teoria das normas permite a construção da teoria do delito por meio de dois juízos político-criminais sucessivos. O primeiro refere-se à legitimidade de ameaçar abstratamente com pena a liberdade de todos os indivíduos. O segundo questiona a necessidade concreta de responder, com a imposição da pena, uma infração específica realizada por um sujeito individualizado.
- 5 O primeiro juízo político-criminal está relacionado ao conceito dogmático de antijuridicidade. Trata-se do espaço da norma primária, dirigida aos cidadãos e

responsável pela comunicação imperativa do ilícito. A legitimidade desta norma primária apenas ocorrerá com o respeito, pela instância política, dos critérios mediadores de proporcionalidade e adequação.

- 6 Estes critérios de mediação entre o comportamento abstratamente proibido e o bem jurídico ressaltam as noções fragmentária (proporcionalidade) e subsidiária (adequação) do sistema criminal. Assim, deste conjunto de relações, se estabelece o conceito de antijuridicidade como derivado da ponderação a respeito do merecimento de pena.
- 7 O conceito normativo de merecimento de pena facilita a visualização do liame entre a proteção de bens jurídicos e a capacidade de rendimento atinente à cominação abstrata da sanção penal. A pena, neste momento, é orientada pelos critérios de prevenção geral positiva, como reafirmação do valor vigente, o qual, evidentemente, deve apresentar fundamental relevância social.
- 8 O desrespeito a esta postulação implicará na consagração de um Direito penal da pena, destinado a proteger, sem sucesso, todas as instâncias sociais. Ao contrário, sua obediência consistirá na consolidação de um Direito penal do delito, mais propício à aceitação espontânea de suas normas primárias. Por esta razão, ao Poder Judiciário atribui-se função corretiva da dimensão política, seja pela declaração da inconstitucionalidade da criminalização, seja pela respectiva interpretação, conforme a Constituição Federal.
- 9 O conceito de antijuridicidade (merecimento de pena) parte de uma perspectiva *ex ante* da danosidade do comportamento. Cuida-se, assim, de uma infração de dever. A criminalização estará autorizada se a conduta, *a priori*, for capaz de causar dano ou relevante exposição de perigo ao bem jurídico, considerando-se a proporcionalidade desta gravidade abstrata e, mais ainda, a capacidade de prevenção geral representada pela pena cominada (adequação).

- 10 A idéia de tipicidade, embora não possa ser verificada como um juízo político-criminal autônomo, apresenta importância para a composição da antijuricidade e da culpabilidade, além de inafastável garantia e consubstanciação do princípio da legalidade. Os elementos do tipo fundamentam a estruturação do injusto típico e, igualmente, ofertam requisitos essenciais à consolidação da culpabilidade (tipo de culpabilidade).
- 11 A culpabilidade está vinculada à segunda valoração político-criminal da teoria do delito. Trata-se do segundo nível de pressupostos para a aplicação da pena ao caso concreto, derivado, diretamente, da norma secundária dirigida ao órgão jurisdicional. A perspectiva concreta, *ex post*, aqui assumida exige a real constatação da lesividade ao bem jurídico, componente essencial para a ponderação a respeito da necessidade de pena.
- 12 A necessidade de pena somente se faz presente por meio de um juízo político-criminal de consequência. As ocorrências de violação da norma e de lesividade ao bem jurídico apenas poderão acionar a imposição concreta da pena se existente um prognóstico a respeito da viabilidade do cumprimento efetivo de suas finalidades. Este viés projetivo assume como fim a prevenção especial positiva, com um mínimo resquício de prevenção geral, unicamente destinada a evitar o vigilantismo.
- 13 A culpabilidade é orientada pelo conceito de necessidade de pena em todos os seus elementos. Assim, o tipo de culpabilidade, a imputabilidade, a consciência do ilícito, as causas de extinção da punibilidade e as causas supralegais de exclusão de culpabilidade, dentre outros, representam juízos, legislativos e jurisdicionais, de desnecessidade de pena, com base na avaliação de consequência sob o critério das finalidades da sanção penal.
- 14 Este critério de necessidade de pena não se resume à estrutura delitiva da culpabilidade, mas apresenta prolongamento no denominado Direito de determinação da pena e, do mesmo modo, em categorias próprias do processo penal. A fixação

judicial da pena deve ser orientada pelas suas finalidades preventivas, com preponderância da especial. O processo penal, por sua vez, deve permitir a aferição destas informações, além de potencializar a adoção de circunstâncias legais e supralegais dirigidas à isenção ou diminuição da incidência punitiva.

- 15 A sanção penal deve ser entendida em sua dupla dimensão. Em primeiro lugar, atribui ao Direito a sua característica normativa, pautada na própria capacidade coercitiva de seus preceitos. Em segundo lugar, sua violência exige a constante aferição de sua facticidade, ou seja, os reais efeitos que realiza no universo social. Por esta razão, a eleição dos fins da pena é sempre necessária, bem como a conferência destes mesmos fins por meio de informações obtidas pelas diversas ciências auxiliares do Direito penal.
- 16 A adoção de um sistema penal aberto e teleológico é a única maneira de articular a dogmática penal com a teoria dos fins da pena, estendendo-a a todas as etapas, substantivas e processuais, pressupostas à aplicação da sanção. Esta estruturação preventiva da pena é o fator constituinte de um conceito material de delito que o identifica com o fato merecedor (antijuridicidade) e necessitado (culpabilidade) de pena, fazendo-se respeitar os princípios mais caros ao Direito penal no cerne do Estado Democrático de Direito.
- 17 A legislação brasileira permite a adoção de um conceito material de delito nos termos propostos, admitindo-se a percepção dos sucessivos juízos político-criminais sem a necessidade de maiores alterações dos textos legais. A configuração da teoria do delito estabelecida com base na teoria das normas, a consolidação da função preventiva da pena e a abertura do sistema penal aos conhecimentos interdisciplinares estão em absoluta consonância potencial com o Direito penal nacional.
- 18 O modelo de sistema criminal integral, o qual ainda necessita de investigações acadêmicas, exige, tal como proposto, o sério comprometimento do Estado em concretizar, factualmente, as finalidades punitivas aqui eleitas. O investimento estatal

em setores sociais é o principal fator de diminuição da demanda comunitária pela pena e, além disso, um requisito essencial para a prática realização de seus fins preventivos.

- 19 O aperfeiçoamento de um conceito material de delito permite, dentre outros fatores: a diminuição da incidência, abstrata e concreta, da pena privativa de liberdade, a utilização mais ampla das estratégias penais alternativas e a adoção irrestrita das causas supralegais de exclusão da culpabilidade.
- 20 A relação entre as finalidades da pena, o conceito material de delito e o sistema penal integral constitui um novo foco de estudos da dogmática jurídico-penal contemporânea. Postula a limitação do gradativo avanço do sistema criminal e de sua violência. Seu estudo no País pode implicar na frutífera tentativa de, por meio dos reflexos concretos da sanção, orientar um modelo punitivo coerente, o qual considere a desigualdade econômica, as razões reais da criminalidade e, em consequência, auxilie a construção de um Estado brasileiro verdadeiramente democrático.

RESUMO

A presente tese de Doutorado possui como principal finalidade a articulação de conhecimentos dogmáticos capazes de conter ou limitar a utilização do sistema criminal e, em consequência, da violência representada pela pena. Para isso, parte de três bases fundamentais: finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. Atualmente, é inegável a imprescindibilidade acerca da criação de um conceito material de delito. Tal empreendimento, todavia, não pode se abster de estruturas que lhe ofereçam conteúdo, sob o risco de se esvaziar na mera formalização. Assim, o estabelecimento de um conceito material deve pressupor e ser constituído pelas próprias finalidades da pena, inseridas dogmaticamente por meio de elementos normativos, frutos de diferenciados juízos político-criminais. A avaliação dos fins da sanção penal redundará nas basilares noções de *merecimento* e *necessidade*. A construção da teoria do delito, pautada na teoria das normas, permite a inserção destes dois novos elementos em fases dogmáticas distintas, tornando o primeiro um critério reitor da própria antijuricidade penal e o segundo, da culpabilidade. Por fim, o conceito de crime assim constituído deve ser capaz de integrar todos os momentos persecutórios sob a mesma égide, isto é, estabelecer um sistema integral de Direito penal que possa, em suas distintas etapas, sempre estar comprometido com os reais efeitos que a punição pode causar na sociedade brasileira.

Palavras-Chave: Direito Penal – Dogmática Penal – Pena – Teoria do Delito – Conceito Material de Delito.

ABSTRACT

The present doctorship thesis has as its main goal the articulation of dogmatic knowledge able to detain or limit the use of the criminal system and, as a consequence, of the violence that represents punishment. In order to do so, it starts analyzing three fundamental bases: purposes of punishment, substantive concept of criminal offense and integral criminal system. Currently, it is undeniable to be essential the definition of a substantive concept of criminal offense. Such enterprise, however, can not refrain from certain structures that give it content, under the risk of falling into mere formalization. Thus, the establishment of a substantive concept must assume and be formed by the purposes of punishment, dogmatically inserted through normative elements, fruits of different political and criminal analysis. The assessment of the purposes of punishment results in the basic notions of *worthiness* and *necessity*. The construction of the theory of the criminal offense, based on the theory of norms, enables the integration of these two new elements in different dogmatic phases, making the first one a criterion of unlawfulness and second, in turn, the culpability. Finally, the substantive concept of criminal offense should thus be able to integrate all persecution phases under the same umbrella, that is, establish an integral system of criminal law that may, in its different stages, always be committed to the real effects that punishment can cause in Brazilian society.

Keywords: Criminal Law – Criminal Dogmatic – Punishment – Theory of the Criminal Offense – Substantive Concept of Criminal Offense.

RIASSUNTO

La presente tesi di dottorato ha come principale fine l'articolazione della conoscenza dogmatica capaci di contenere o limitare l'utilizzazione del sistema criminale e, di conseguenza, della violenza rappresentata dalla pena. Per questo, iniziamo da tre basi fondamentali: finalità della pena, concetto materiale del delitto e sistema penale integrale. Attualmente, é innegabile l'imprescindibilità circa la creazione di un concetto materiale del delitto. Tale impresa, tuttavia, non può astenersi dalle strutture che gli offrono contenuto, con il rischio di svuotarsi nel mero formalismo. Così, l'impresa di un concetto materiale deve presupporre ed essere costituito dalle proprie finalità della pena, inserite dogmaticamente attraverso di elementi normativi, frutto di differenti giudizi politico-criminali. La valutazione dei fini della sanzione penale risulterà nelle basiche nozioni di *merito* e *necessità*. La costruzione della teoria del delitto, stabilita nella teoria delle norme, permette l'inserimento di questi due nuovi elementi in fasi dogmatiche distinte, rendendo il primo un criterio cardinale della propria antigiuridicità penale ed il secondo, a sua volta, di colpevolezza (imputabilità). Infine, il concetto di crimine così costituito deve essere capace di integrare tutti i momenti persecutori sotto la stessa egide, questo é, stabilire un sistema integrale di diritto penale che possa, nelle sue distinte tappe, stare sempre compromesso con i reali effetti che la punizione può causare nella società brasiliana.

Parole-Chiave: Diritto Penale – Dogmatica Penale – Pena – Teoria del Delitto – Concetto Materiale del Delitto.

BIBLIOGRAFIA

ADOMEIT, Klaus. El positivismo jurídico en el pensamiento de Hans Kelsen y Gustav Radbruch. Su significado para problemas actuales de la ciencia jurídica alemana y española. *In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **Dogmática y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo.* Madrid: Marcial Pons, 2004.

AGUADO CORREA, Teresa. **El principio de proporcionalidad en derecho penal.** Madrid: Edersa, 1999.

AGUDELO BETANCUR, Nódier. **El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara.** Bogotá: Editorial Temis, 1988.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. **Introducción a la teoría jurídica del delito:** elaborada con base en las sentencias del tribunal constitucional y del tribunal supremo. Valencia: Tirant lo blach, 1999.

_____. **Sobre la estructura de la norma penal:** polémica entre valorativismo y imperativismo. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

ALVES, Alaôr Caffé. **Estado e ideologia:** aparência e realidade. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BACIGALUPO, Enrique. **Hacia el nuevo derecho penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

BARBERO SANTOS, Mariano. Estado constitucional de Derecho y sistema penal. *In: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. **La ciencia penal en el umbral del siglo XXI: II Congreso Internacional de Derecho Penal.*** Mexico: Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2001.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**: conceptos fundamentales y sistema: introducción a la sistemática sobre la base de casos. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

BELING, Ernst Von. **A ação punível e a pena**. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Tradução Roselene Cristina dos Santos Oliveira. Leme-SP: Edijur, 2002.

BERGALLI, Roberto (Coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN Editora, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru. São Paulo: Edipro, 2001.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**: el sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación. Granada: Editorial Comares, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Atualizada por Raphael Cirigliano Filho. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRICOLA, Franco. **Politica criminale e scienza del dirittto penale**. Bologna: Società Editrici il Mulino, 1997.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal y dogmática. *In*: **El poder penal del estado**: homenaje a Hilde Kaufmann. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.

_____. **Manual de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

_____. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **El problema de la pena**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Rodamillans, 1999.

CARRARA, Francesco. **Direito criminal**. Parte Geral. V. II. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN Editora, 2002.

CEREZO MIR, José. **Problemas fundamentales del derecho penal**. Madrid: 1982.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. V.1. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**: historia, teoría y metodología. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

CUESTA PASTOR, Pablo. **Delitos obstáculo**: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico. Granada: Editorial Comares, 2002.

DE GIORGI, Raffaele. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Prevención general e individualización judicial de la pena**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática**. Buenos Aires: IB de F, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica e col. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Tradução Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. Atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. Trad. Ramon Ragués I Vallès. In: WOLTER, Jürgen. FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *In*: WOLTER, Jürgen. FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**: introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, 1995.

GARCÍA VALDEZ, Carlos. **Teoría de la pena**. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios de derecho penal**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.

_____. **Conceito e método da ciência do direito penal**. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo e col. **Lecciones de derecho penal**: parte general. Barcelona: Editorial Praxis, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____ (Coord.). **Nova lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito penal**: parte geral. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONZÁLES-RIVERO, Pilar. El fundamento de las penas y las medidas de seguridad. *In*: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **El funcionalismo en derecho penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). **Lecciones de consecuencias jurídicas del delito**. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

_____. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26. 09.1995. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. Tradução Flávia Portella Püschel. *In*: **Revista Direito GV**. V. 2. nº 2. São Paulo: jul.-dez. 2006.

_____. Crítica da pena II. Trad. Flávia Portella Püschel. *In*: **Revista Direito GV**. V. 3. nº 1. São Paulo: jan.-jun. 2007.

HAFFKE, Bernhard. El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. *In*: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. SCHÜNEMANN, Bernd. DIAS, Jorge de Figueiredo. (Coords.). **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1986.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

_____. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HIRSCH, Hans-Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. Trad. Mariano Bacigalupo. *In*: POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Estudios jurídicos sobre la reforma penal**. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1987.

_____. **La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**: el objeto protegido por la norma penal. Barcelona: PPU, 1991.

HUNGRIA, Nélon. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal – parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luiz Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. Imputación jurídico-penal: desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles. *In*: **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

_____. **A imputação objetiva no direito penal.** Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? *In:* CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. (Coord.). **Direito penal e funcionalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **La pena estatal:** significado y finalidad. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal:** parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Introducción al Derecho Penal.** V. 1. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito.** Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material del delito?. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. *In:* WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal:** delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

LESCH, Heiko Hartmut. Injusto y culpabilidad en Derecho Penal. Trad. Ramón Ragués. *In:* **Revista de derecho penal y criminología.** nº 6. 2ª época. Madrid: Julio 2000.

_____. **La función de la pena.** Trad. Javier Sánchez-Vera Gomes-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

LIFSCHITZ, Sergio Politoff. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. 2. ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2006.

LÜDERSEN, Klaus. Elementos de legítima defensa en la pena y elementos de pena en la legítima defensa: ¿círculo vicioso de nuevos enfoques en torno a la cuestión del anacronismo de la pena?. *In: La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

LUISI, Luiz. **O tipo penal e a teoria finalista da ação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. *In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo. (Coords.). Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995.

_____. **Curso de derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Editorial Universitas, 1996.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A Função da Culpabilidade no Direito Penal Contemporâneo. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. V. 1. Atualizado por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas–SP: Millennium Editora, 2002.

MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco J. **Autopiesis and cognition: the realization of the living.** Boston: D. Reidel Publishing Company, 1980.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal:** parte general. Buenos Aires: IB de F, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho.** Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

_____. **Derecho penal:** parte general. 7. ed. Buenos Aires: Editorial IB de F, 1995.

_____. **Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto.** Madrid: ADPCP, 1998.

_____. **Introducción a las bases del derecho penal.** 2. ed. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2002.

_____. **Estado, pena y delito.** Buenos Aires: Editorial IB de F, 2006.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Naturaleza del sistema de justificación en Derecho Penal. *In:* DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Coord.). **Derecho y justicia penal en el siglo XXI:** em homenaje al profesor Antonio Gonzáles-Cuéllar García. Madrid: Editorial Colex, 2006.

MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. **Sanción penal y política criminal:** confrontación con la nueva defensa social. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977.

MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal:** sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico hacia el sistema. Trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

NAUCKE, Wolfgang. **Derecho penal**: uma introducción. Trad. Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.

NEUMANN, Ulfried. La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico de la culpabilidad. *In*: **Revista de derecho penal y criminología**. nº 13. 2ª época. Madrid: Enero 2004.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. V. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal. Trad. Vanna Andreini. *In*: **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: 1998.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEÑARANDA RAMOS. Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. *In*: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). **Teoría de sistemas y derecho penal**: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El concepto de deber jurídico. *In*: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **El funcionalismo en derecho penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

PÉRES MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y prevención**: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. V. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis Fernando. **La filosofía penal de la ilustración**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Rafael Maffei Rabelo. A lei das contravenções penais nas ciências penais de seu tempo. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). **Comentários à lei das contravenções penais**. São Paulo: Quatier Latim, 2006.

_____. **A modernização do direito penal brasileiro**: sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil, 1924-1940. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **Criminologia crítica**. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade concreta**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1973.

_____. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Instituições de direito penal**: parte geral. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Instituições de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIGHI, Estaban. **Teoría de la pena**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Política criminal y sistema penal**: viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005.

RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. **Episteme y derecho**: una exploración jurídico-penal. Granada: Editorial Comares, 2004.

ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *In: Opere giuridiche*: scritti giuridici varii. Vol. 1. Roma: 1933.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Tradução Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Editorial Reus, 1976.

_____. **Teoría del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Tradução Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

_____. **Derecho penal. Parte general:** fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Tomo I: Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.** Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal.** Tradução Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva.** Trad. Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal:** cuestiones fundamentales. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena:** fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SANZ MORÁN, Ángel José. Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena. *In: **Revista de derecho penal***. nº 8. Valladolid: Enero 2003.

SANZ MULAS, Nieves. La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad. *In: DÍAZ-SANTOS, Diego (Coord.). **El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad***. Madrid: Colex, 2003.

SCHÖNE, Wolfgang. El futuro sistema de sanciones. *In: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. **La ciencia penal en el umbral del siglo XXI***: II Congreso Internacional de Derecho Penal. Mexico: Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

_____. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. *In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal***: cuestiones fundamentales. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. **Ensayo sobre el derecho penal como ciencia**: acerca de construcción. Madrid: Dykinson, 2000.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. La teoría del delito como sistema ordenado de conocimientos. *In: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Júlío. **Derecho y justicia penal en el siglo XXI***. Madrid: Editorial Colex, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____; CORRÊA JUNIOR. Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Crime de trânsito – Responsabilidade objetiva – Dolo eventual e culpa consciente. *In: Estudos de direito penal*. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Estudo crítico do direito penal juvenil**. Tese de Titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción. *In: SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

_____. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

_____. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona. Jose Maria Bosch Editor, 2002.

_____. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Normas y acciones en derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

_____. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. *In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. *In: Estudios penales y criminológicos*. XXV. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2005.

_____. ¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe). *In: InDRET: Revista para el análisis del Derecho*. Enero 2007.

_____. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *In: InDRET: Revista para el análisis del Derecho*. Abril 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Sarbanes-Oxley-Act e os vícios do direito penal globalizado. *In: Revista Ultima Ratio*. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SOIARI, Gioele. **Formazione storica e filosofica dello stato moderno**. Torino: Ed. Giappichelli, 1962.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal. Parte general I**: el hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos e col. **Manual de derecho penal**: parte general. Tomo I. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2002.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Coord.). **Direito penal tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de derecho penal**. Trad. Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

VON LISZT, Franz. **La idea del fin en el derecho penal**: programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Trad. Carlos Pérez del Valle. Granada: Editorial Comares, 1995.

_____. **Tratado de direito penal**. Tomo I. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas-SP: Russel Editores, 2003.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Derecho penal alemán**. 4. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

_____. Derecho penal y filosofía. In: **Estudios de derecho penal**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2003.

WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. Estudios sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, sobreseimiento del proceso, de la renuncia de la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. Trad. Guillermo Benlloch Petit. *In*: WOLTER, Jürgen. FREUND, Georg. **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ZIPF, Heinz. Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena de la prevención especial y de la prevención general. Trad. Miguel Polaino Navarrete. *In*: POLAINO NAVARRETE, Miguel (Coord.). **Estudios jurídicos sobre la reforma penal**. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1987.