

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

HELOIZA MEROTO DE LUCA

**A POLÍTICA CRIMINAL COMO CRITÉRIO
TELEOLÓGICO DA DOGMÁTICA PENAL**

**SÃO PAULO
2009**

HELOIZA MEROTO DE LUCA

**A POLÍTICA CRIMINAL COMO CRITÉRIO
TELEOLÓGICO DA DOGMÁTICA PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia da
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre

Orientadora: Professora Doutora
Janaína Conceição Paschoal

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2009**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1 POR UM CONCEITO DE POLÍTICA CRIMINAL	07
1.1 Conceito	08
1.2 As fases da política criminal	11
1.3 Relação com a criminologia	13
1.4 Relação com a dogmática penal	17
2 SÍNTESE EVOLUTIVA DA RELAÇÃO ENTRE POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA PENAL	20
2.1 O classicismo e a ideia de sistematização do Direito Penal	20
2.1.1 Cesare Beccaria: afirmação dos princípios gerais de Direito Penal	26
2.2 O positivismo e as primeiras manifestações criminológicas	33
2.2.1 O homem delinquente de Cesare Lombroso e a criminologia	34
2.2.2 A ciência penal global de Franz von Liszt	43
2.3 O finalismo de Hans Welzel	54
2.3.1 A teoria da ação final: inserção de limites ontológicos ao legislador penal	57
2.3.2 A teoria da adequação social como precursora da teoria da imputação objetiva	64
2.3.3 Importantes críticas ao finalismo	80
3 O FUNCIONALISMO: A POLÍTICA CRIMINAL COMO CRITÉRIO TELEOLÓGICO DE INTERPRETAÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL	84
3.1 Sistema fechado <i>versus</i> sistema aberto: a necessidade de inserção do problema no sistema	89
3.2 A posição de domínio e de transcendência da política criminal	101
3.3 Análise de algumas críticas doutrinárias	113
3.4 As garantias individuais como limites à influência da política criminal sobre a dogmática penal	116
CONCLUSÕES	134

BIBLIOGRAFIA	138
RESUMO	147
RIASSUNTO	149

INTRODUÇÃO

Não por acaso se afirma que “*o tempo presente é, por excelência, o tempo da política criminal*”.¹ A política criminal é invocada em vários discursos, sejam eles jurídicos ou políticos, aparecendo, na maior parte das vezes, como um termo vago ou impreciso, querendo significar tudo e nada ao mesmo tempo. Neste sentido, seria possível pensar que a política criminal nada mais fosse do que um simples modismo, ou um repositório da opinião pública dominante.

Um estudo mais aprofundado demonstra, contudo, que a política criminal se manifestou já na escola clássica, acompanhando toda a evolução do Direito Penal. Ao longo deste período, e a par de sua influência no momento da elaboração das normas penais, ela interferiu no próprio desenvolvimento da dogmática penal, fazendo com que a ciência do Direito Penal a acolhesse e a rejeitasse, numa verdadeira ciranda de idas e vindas.

O primeiro grande momento de influência direta da política criminal no âmbito da dogmática penal ocorreu com Franz von Liszt, representante do positivismo naturalista. Em finais do século XIX, o autor havia intentado para a necessidade do desenvolvimento dos estudos de política criminal, em conjunto com aqueles da dogmática penal, a fim de transformar o Direito Penal em uma ciência interdisciplinar, ou global. Depois de Franz von Liszt, a política criminal permaneceu um tanto quanto esquecida pela dogmática penal, permanecendo, até o finalismo, distante do desenvolvimento dogmático.

Por outro lado, a discussão sobre a influência direta dos valores político-criminais na dogmática penal é extremamente pertinente se considerado o momento pelo qual passa o Direito Penal, acusado da crise de efetividade de suas normas. O Direito Penal, e, com ele, a dogmática penal, encontram dificuldades em acompanhar as inúmeras transformações pelas quais passa a sociedade atual, marcada pela sua complexidade, com a inter-relação das esferas de organização individual, bem como a transferência e recebimento de funções de segurança de esferas alheias.

¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 21.

Independentemente dos vários fatores que lhe deram origem, esta crise de efetividade do Direito Penal acabou por gerar uma expansão dos instrumentos repressivos penais, atribuindo-lhes uma carga difícil de suportar. A política criminal passou a ser confundida com a opinião pública, adquirindo voz própria através dos meios de comunicação em massa, exigindo a criminalização de um número cada vez maior de condutas, em desrespeito às garantias individuais, tão arduamente conquistadas ao longo dos séculos.

Não é difícil compreender, portanto, a necessidade da adoção de novos rumos quer para a dogmática penal, quer para a política criminal, como resultado da dificuldade do próprio Direito Penal de promover a necessária efetividade de suas normas. Neste contexto, a inserção dos valores político-criminais no sistema dogmático apresenta-se como promissor instrumento de concreção das normas ao caso concreto, conferindo maior efetividade das normas penais.

A escola funcionalista pode fornecer grande contribuição neste sentido. Os estudos elaborados por Claus Roxin e por seus seguidores colocam novamente a política criminal em posição de destaque no Direito Penal, interferindo diretamente na construção sistemática da dogmática penal, por meio de sua influência direta nas demais categorias do crime. A estruturação do direito sob aspectos político-criminais permite que os dados empíricos, sobretudo aqueles criminológicos, transformem-se em elementos fecundos para a dogmática jurídica, abandonando a conceituação de conhecimentos ordenados, com validade geral, e possibilitando a sua abertura ao desenvolvimento da sociedade.

Com isso, a ciência penal passa a adquirir não apenas ares de interdisciplinaridade, mas de verdadeira confluência da política criminal sobre a dogmática penal.

O presente trabalho demonstra a atribulada relação verificada entre política criminal e dogmática penal, a fim de responder à questão de como a política criminal pode ser inserida na dogmática penal, e quais são os principais reflexos desta relação para a interpretação e aplicação das normas penais. Com isso, busca uma aproximação do Direito Penal à realidade, sem se esquecer das garantias individuais tão arduamente conquistadas ao longo dos séculos.

O primeiro capítulo conceitua a política criminal, apresentando a sua relação com a criminologia e com a dogmática penal, pois ambas lhe são elementares. Estabelece, ainda, as fases ou momentos da política criminal, elegendo a fase subsuntiva como objeto de estudo, pois é nela que a política criminal pode interagir com a dogmática penal, oferecendo o elemento valorativo teleológico para a interpretação e aplicação das normas penais.

O segundo capítulo traça uma síntese evolutiva da relação verificada entre política criminal e dogmática penal nas diversas escolas penais, iniciando com o classicismo, passando pelo positivismo criminológico, pelo positivismo naturalista, e encerrando com o finalismo. Como estas escolas não apresentam direção única, sendo formadas por pensadores com posturas bastante distintas, optou-se pela análise das principais obras dos representantes de maior destaque de cada escola penal.

O terceiro e último capítulo trata da eleição da política criminal como critério teleológico da interpretação da dogmática penal. Esta discussão apresenta como pano de fundo o funcionalismo de Claus Roxin e de seus seguidores. Defende a posição de domínio e de transcendência da política criminal sobre a dogmática penal. Para tanto, apresenta a necessidade da adoção do sistema aberto pela atual dogmática penal, a fim de que o pensamento problemático possa complementar o sistemático. Analisa as principais críticas doutrinárias contra o posicionamento adotado. Por fim, elege as garantias individuais como limites à influência da política criminal sobre a dogmática penal, para a consequente manutenção do Estado Democrático de Direito.

Longe de esgotar todas as questões referentes ao tema – o qual se encontra tão em voga atualmente – o presente trabalho procura “abrir as portas” para um estudo posterior, no qual seja possível abordar estes outros pontos de forma mais detida. Permanece, contudo, na expectativa de demonstrar a política criminal como um precioso instrumento de aplicação da norma ao caso concreto.

1 POR UM CONCEITO DE POLÍTICA CRIMINAL

Atualmente, não é possível estabelecer um conceito de política criminal sem referência à criminologia e à dogmática penal, em virtude da interferência recíproca e simultânea destas disciplinas para a composição do Direito Penal.²

Antonio Luís Chaves Camargo afirma que a política criminal apresenta dois aspectos, sendo um teórico, científico, e outro prático, empírico. Seu viés teórico permite a análise da criminalidade por meio de uma base racional, orientada em princípios, e voltada para o estudo da formulação típica, bem como da abrangência das normas e do próprio tipo penal, a fim de restringir a aplicação de seus efeitos no limite previsto pelo legislador, sempre em respeito à liberdade individual, verdadeira barreira ao *ius puniendi* do Estado.³

Por outro lado, seu viés prático preocupa-se com a verificação das causas da criminalidade, com o objetivo de proteger a sociedade e o indivíduo por meio de um sistema racional e organizado. Tanto a vertente científica quanto a empírica se encontram relacionadas em um mesmo conjunto, com a aplicação dos princípios propostos pela base teórica, a fim de alcançar os objetivos desejados pelo seu viés prático, o que é feito por meio da tipificação de condutas que devam ser reguladas por lei.⁴

Para Claus Roxin, o principal objeto da política criminal é “[...] a questão de como se deve proceder com pessoas que infringiram as regras básicas de convivência social,

² O presente trabalho parte do pressuposto de que o Direito Penal, como ramo autônomo da ciência do Direito, é composto, de um lado, pelo conjunto “dogmática penal/política criminal”, e, de outro, pela criminologia. A política criminal permanece amalgamada à dogmática, fornecendo-lhe os critérios valorativos necessários para a construção do sistema dogmático, refletindo-se em cada uma das categorias ou elementos do crime. A criminologia, por sua vez, como disciplina relativamente autônoma, fornece a base empírico-normativa necessária para a construção da política criminal, interferindo indiretamente na dogmática penal. Quando se utiliza a expressão “Direito Penal”, pretende-se designar esta dinâmica, formada pelo conjunto “dogmática penal/política criminal”, somado à criminologia.

³ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 165. Esta definição de política criminal proposta pelo autor destaca a importância da tipicidade na atuação da política criminal, pois é por meio do tipo penal que os valores trazidos pelas considerações político-criminais são restringidos, adequando-se aos limites propostos pelo legislador. O autor também apresenta a necessidade de observância dos valores constitucionais como segunda restrição à atuação da política criminal sobre a dogmática penal.

⁴ *Ibid.*, p. 165.

lesando ou colocando em perigo os indivíduos ou a sociedade”.⁵ Ela adota uma posição intermediária entre a ciência e a configuração social, entre a teoria e a prática. Ao mesmo tempo em que se fundamenta como ciência para o conhecimento objetivo do delito, desenvolvendo estratégias de luta contra a criminalidade, pretende difundir ideias ou interesses concretos, que dependem mais de realidades pré-existentes do que da concepção ideológica adotada, em um claro viés político.⁶

Em sua forma de vetor valorativo, a política criminal deve se estabelecer como intermediária entre a criminologia e a dogmática jurídico-penal,⁷ mesmo porque os acontecimentos históricos são absorvidos muito mais depressa no âmbito da política criminal do que no âmbito da dogmática jurídica.⁸

Portanto, uma adequada conceituação do instituto necessariamente envolve a questão da sua relação com a criminologia e com a dogmática penal, a fim de que possa ser compreendido.

Importante, também, o delineamento das principais fases ou momentos da política criminal, com destaque para a fase subsuntiva, pois ela permite a inserção da política criminal na dogmática penal, como critério valorativo da interpretação e aplicação das normas penais ao caso concreto, objeto do presente trabalho.

1.1 Conceito

A política criminal encontra-se inserida na política pública, esta última entendida como o conjunto de programas de ação governamentais utilizados para a realização de objetivos sociais relevantes. Dentro do universo das políticas públicas relacionadas à criminalidade, podem existir as políticas sociais de prevenção da violência, as quais são

⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal*. Barcelona: PPU, 1992. p. 9. Tradução livre nossa. Texto original: “[...] la cuestión de cómo debe procederse con personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad, conforma el objeto principal de la política criminal”.

⁶ Ibid., p. 9. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Acerca del desarrollo reciente de la política criminal*. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 48, 1992. p. 795.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 44.

⁸ ROXIN, Claus. *Acerca del desarrollo reciente...*, cit., p. 795.

procedidas por meio da melhoria de vida da população, bem como as políticas criminais propriamente ditas, que buscam a prevenção da criminalidade por meio dos instrumentos formais e informais de controle social.⁹

A política criminal, como parte da política geral de um Estado, possui as características básicas de qualquer atuação política: é o conjunto de estratégias, instrumento ou modelos para a consecução de determinado fim. E, por se encontrar orientada a fins, apresenta-se como uma ciência eminentemente valorativa.¹⁰ Este viés axiológico da política criminal é o motivo da complexidade e da problemática de sua sistematização racional. Não por acaso, a tarefa de todo programa político-criminal é a ordenação sistemática de todas as valorações, com vistas a se estabelecer qual é a finalidade político-criminal geral da qual emanam as finalidades político-criminais específicas.¹¹

Laura Zúñiga Rodríguez define a política criminal como: “[...] a disciplina que exerce o papel de mediador entre os conhecimentos empíricos da Criminologia e os normativos do Direito Penal”.¹² Prossegue afirmando que: “A Política Criminal é a ‘ponte’ inevitável entre Criminologia e Dogmática jurídico-penal, entre os conhecimentos empíricos e os conhecimentos valorativos”.¹³ Para a autora, as valorações político-criminais determinam as valorações do próprio Direito Penal, pois lhe estabelecem o fim último de prevenção de determinado delito, seja esta prevenção geral ou especial, bem

⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Pena e política criminal: a experiência brasileira. In: SÁ, Alvinho Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 321-334. O autor cita alguns exemplos de políticas sociais de prevenção à violência, tais como uma boa política de emprego, por meio de capacitação profissional e educacional, associada às políticas sociais de diminuição das diferenças sociais e regionais, e o acesso à cidadania.

¹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001. p. 23-63. A autora defende que a finalidade primordial da política criminal é a vigência material dos direitos fundamentais reconhecidos nas cartas constitucionais de cada Estado, a qual é sempre orientada por funções sociais: “Considero que en la Sociedad actual y en el Estado que la representa, todavía no es posible plantear posturas consensuales, puesto que aún persiste la tarea de hacer efectiva o materializar relaciones humanas igualitarias respetuosas de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, donde especialmente se controle al poder político (y a los poderes económicos que los sustentan) en sus instrumentos de control social. El paradigma de los derechos fundamentales al ser un límite externo, dota de referente claro a la funcionalidad del sistema de todos los instrumentos de control, por lo cual debe servir de fin último de toda la Política en general y de los fines e instrumentos lícitos en la Política Criminal”.

¹¹ *Ibid.*, p. 24.

¹² *Ibid.*, p. 154, tradução livre nossa. Texto original: “[...] la disciplina que ejerce el papel de mediador entre los conocimientos empíricos de la Criminología y los normativos del Derecho Penal”.

¹³ *Ibid.*, p. 154, tradução livre nossa. Texto original: “La Política Criminal es el «puente» ineludible entre Criminología y Dogmática jurídico-penal, entre los conocimientos empíricos y los conocimientos valorativos”.

como os instrumentos para levá-la a cabo. A política criminal fica encarregada de indicar ao Estado quais condutas criminalizar e quais descriminalizar, quando deve aumentar ou diminuir as penas, qual é o sistema de sanções mais idôneo para determinada criminalidade, quando ele deve privilegiar outros instrumentos de controle social, quando deve planejar uma ação integrada de prevenção, dentre outros.¹⁴

Laura Zúñiga Rodríguez estabelece as três principais funções da política criminal: a) estudo científico do fenômeno criminal que pretende prevenir; b) estudo dos mecanismos de prevenção do crime; c) crítica da legislação penal existente, a fim de se planejar processos de reforma; e d) estabelecimento de objetivos e estratégias para a prevenção da criminalidade.¹⁵ Estas funções não podem ser atingidas sem o necessário concurso da criminologia e da dogmática penal.

Para Renato de Mello Jorge Silveira, a política criminal apresenta-se como um setor da realidade sob a ótica da política estatal. Afirma que: “[...] com seus meios, são traçados os programas e as metas repressivas governamentais em resposta ao fenômeno criminal”.¹⁶ Ana Elisa Liberatori Silva Bechara, por sua vez, entende a política criminal “[...] como o setor do conhecimento que tem por objeto o estudo do conjunto de medidas, critérios e argumentos empregados pelo poder público para a prevenção e reação frente ao fenômeno criminal”.¹⁷, ressaltando a diferença entre a política penal do passado e a atual, causada principalmente pelos problemas da moderna criminalidade, cujas respostas, na maior parte das vezes, distanciam-se das respostas tradicionais.

Pode-se conceituar a política criminal como a disciplina prático-valorativa que, com fundamento nos resultados obtidos pela criminologia, através do estudo do crime, do criminoso e do fenômeno jurídico-criminal, busca instrumentos para a prevenção da criminalidade, com influência direta não apenas na fase de elaboração legislativa, mas, especialmente, no momento de interpretação e de aplicação das normas constituídas, o que é feito por meio do fornecimento de indicadores axiológicos para a sistematização da dogmática penal, estabelecendo-lhe os fins teleológicos.

¹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 154.

¹⁵ *Ibid.*, p. 163-176.

¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 164.

¹⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatori Silva. *Manipulação genética humana e direito penal*. Porto Alegre: Zouk, 2007. p. 81.

Utiliza os conhecimentos da criminologia como base de sustentação, a eles somando forte carga valorativa, de acordo com os fins e objetivos perseguidos pelo próprio Estado que a emprega, sempre com respeito às garantias individuais. Junge este amálgama à dogmática, delimitando cada um dos elementos do crime.

1.2 As fases da política criminal

A política criminal compreende fases distintas, correspondentes às três fases do processo legislativo, quais sejam, fase pré-legislativa, fase legislativa e fase pós-legislativa. Neste sentido, pode-se falar em uma *fase social*, uma *fase legislativa* e uma *fase subsuntiva* da política criminal.¹⁸

A *fase social* da política criminal tem início com a problematização, pela sociedade, da falta de relação entre determinada realidade social e sua correspondente resposta jurídica, culminando com a apresentação de um projeto ou proposta de lei. Em sua fase social, a política criminal passa por um processo complexo, iniciando-se com uma multiplicidade de orientações heterogêneas e desordenadas, sem institucionalização, promovida por grupos sociais muito diferentes, até encerrar-se em orientações determinadas ou determináveis, através de grupos de pressão especializados, alcançando as burocracias governamentais ou partidárias.¹⁹ É, portanto, protagonizada pela própria sociedade, através de seus variados grupos.

¹⁸ Ao tratar sobre a racionalidade das leis penais no processo legislativo, José Luis Díez Ripollés afirma que este compreende três fases: a pré-legislativa, a legislativa e a pós-legislativa. São estas as fases ora adotadas para a classificação da política criminal em social, legislativa e subsuntiva. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 18-20.

¹⁹ José Luis Díez Ripollés afirma que a fase pré-legislativa do processo legislativo compreende cinco etapas sucessivas, quais sejam: a) a crença numa disfunção social – falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta a ela fornecida pelo Direito Penal –, b) o mal-estar social, ou seja, a preocupação e o medo frente o crime; c) a concretização deste mal-estar através dos meios de comunicação, com a formação da correspondente opinião pública; d) a formação de um programa de ação dirigido a oferecer propostas de resolução do problema social suscitado; e e) a elaboração de um projeto ou proposta de lei. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. op. cit., p. 20-54. Estas etapas ajudam a demonstrar a variedade de orientações político-criminais que permeiam esta primeira fase do processo legislativo, pois a heterogeneidade dos grupos que participam do processo garante uma enorme quantidade de propostas para a resolução do problema criminal.

Em sua *fase legislativa*, a política criminal acompanha a produção da norma penal no âmbito do Poder Legislativo, indo desde o recebimento do projeto de lei pelo Parlamento até a sua aprovação, publicação e correspondente entrada em vigor da nova lei. Esta etapa é bastante interessante à política criminal, pois revela o protagonismo da iniciativa governamental, que, em sua atividade legiferante, acaba por plasmar a orientação político-criminal dominante na norma elaborada, segundo o conjunto do modelo político adotado pelo Estado.²⁰ Como a fase legislativa da política criminal é protagonizada pelo legislador penal, ela também pode ser denominada de *política criminal do legislador penal*.

Por fim, a *fase subsuntiva* da política criminal ocorre com o processo de interpretação e subsunção da norma penal ao caso concreto, indo desde a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico até a sua posterior revogação. Como esta fase é protagonizada pelo aplicador do Direito, especialmente pelo magistrado, pode-se falar em uma *política criminal do aplicador do direito*.

Na fase subsuntiva, é fundamental o papel do magistrado: é ele que, depreendendo a orientação político-criminal adotada pelo Estado no momento da interpretação normativa, irá aplicar a norma ao caso concreto, delimitando, destarte, o seu específico âmbito de abrangência, de acordo com os fins perseguidos pelo Estado.

Afirmar que o intérprete deve delimitar o âmbito de incidência da norma penal a partir da orientação político-criminal adotada pelo Estado não significa dizer que esta orientação deve ser a mesma daquela constante no processo de elaboração legislativa. Tanto a sociedade quanto o Estado se encontram em constante mudança, gerando a necessidade da adoção de diferentes políticas criminais, em diferentes épocas históricas, a fim de acompanhar tanto a dinâmica social quanto aquela do poderio do Estado, com visíveis reflexos sobre a liberdade das pessoas.

É importante, contudo, ressaltar que estas três formas ou fases de política criminal comunicam-se a todo o tempo, de modo que uma serve de retro-alimentação para a outra.

²⁰ São momentos da fase legislativa do processo legislativo: a) a iniciativa legislativa; b) a deliberação – momento mais importante da fase legislativa –; c) a aprovação; e d) a intervenção do Senado. Cf. DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade...*, cit., p. 54-62.

A adoção de determinada orientação político-criminal por parte do magistrado recai sobre a sociedade, fazendo com que esta sinta os efeitos da nova lei. No momento em que se sentirem insatisfeitos com a lei posta pelo legislador penal, os diferentes grupos sociais passarão a pensar e a exigir uma nova resposta para aquele determinado crime ou problema, iniciando a produção de uma nova norma penal, a qual conterà um novo programa ou orientação político-criminal.²¹

Não obstante a enorme importância das fases social e legislativa da política criminal, o presente trabalho apresenta por enfoque a sua fase subsuntiva, pois é nela que a política criminal pode interagir com a dogmática penal, oferecendo o elemento valorativo teleológico para a interpretação e aplicação das normas penais.

1.3 Relação com a criminologia

Em suas primeiras definições, cunhadas sobretudo nos últimos anos do século XVIII, final do Iluminismo, a política criminal era entendida como o conhecimento dos meios que o legislador poderia empregar, de acordo com a especial disposição de cada Estado, para impedir os delitos e proteger o Direito Natural de seus súditos.²²

Esta visão foi parcialmente modificada após o surgimento do positivismo jurídico e, com ele, da criminologia. Inicialmente, a criminologia era entendida como uma ciência empírica, puramente explicativa do fenômeno de criminalidade, a qual compreendia um estudo pormenorizado do crime e do criminoso. O criminoso era entendido como um ser anômalo, doente e atávico, e o crime como a sua forma de manifestação.

²¹ Ao tratar da fase pós-legislativa do processo legislativo, José Luis Díez Ripollés que ela: “é composta por um conjunto de atividades de avaliação dos diversos efeitos da decisão legal após a sua entrada em vigor, e perdura até o momento em que se questiona se é socialmente plausível sua adequação à realidade social ou econômica que pretende regular. Nesse momento tem início uma nova fase pré-legislativa”. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais...*, cit., p. 62.

²² RIVERA BEIRAS, Iñaki. Elementos para una aproximación epistemológica, In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política criminal y sistema penal: vejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de Universidad de Barcelona, 2005. p. 24-25.

Nesta fase, a política criminal passou a ser considerada o nexó entre a criminologia, ciência que buscava investigar as causas da criminalidade, e o Direito Penal, composto apenas pela dogmática penal, e entendido como o conjunto de normas que buscava lutar contra a criminalidade. Conhecidas as causas da criminalidade por meio da criminologia, a política criminal permitia a produção de normas jurídicas para o seu combate.²³ Nesta época, a noção de política criminal apresentava uma dupla referência, representada pela política e pelo direito, de modo a se verificar uma clara subordinação da dimensão política àquela jurídica. O discurso político-criminal referia-se apenas ao momento da reação sancionatória do crime legalmente definido.²⁴

Acreditava-se num verdadeiro equilíbrio entre a criminologia e a política criminal, o qual se fundava em dois postulados principais. O primeiro era o de que tanto a criminologia quanto a política criminal operavam no interior do espaço definido pelo Direito Penal, de forma que a primeira investigava as causas do cometimento do crime legalmente definido, e a segunda buscava melhorar e racionalizar as suas estratégias de prevenção e repressão. Já o segundo fundamento assegurava que a criminologia era uma ciência axiologicamente neutra e, em especial, asséptica a qualquer valoração jurídica. Quando muito, a sua relevância política era passiva e heterônoma, sendo conferida pela própria política criminal.²⁵

Atualmente, a criminologia não deixou de ser, na essência, uma ciência empírica e interdisciplinar, mas vem mudando o seu objeto, de forma que este não é constituído apenas pelo fenômeno social como tal, mas pelo fenômeno jurídico-criminal. Isso significa que ela deixou de se limitar estritamente à investigação das causas do fato criminoso e da pessoa do delinquente para abranger a totalidade do sistema de aplicação de justiça penal, especialmente das instâncias formais e informais de controle da delinquência, a fim de mapear o seu *processo de produção*.²⁶

²³ RIVERA BEIRAS, Iñaki. Elementos para una aproximación..., cit., p. 28. Ao lado da criminologia, da política criminal e do Direito Penal, o autor também coloca a penologia, entendida tradicionalmente como a disciplina que, combinando ferramentas médico-biológicas e psiquiátrico-pedagógicas, devia aplicar suas técnicas para alcançar a correção dos infratores.

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 105-106.

²⁵ *Ibid.*, p. 105.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 48. O autor fala em um verdadeiro “processo de produção” da delinquência.

Não há mais sentido em se falar numa criminologia puramente explicativa, como ciência da descrição e previsão da fenomenologia criminal, sem qualquer sugestão no plano da reforma e da conformação social. A criminologia pressupõe injunções de ação dirigidas tanto aos agentes de aplicação das normas jurídico-penais, ou aos seus destinatários individuais ou coletivos, como, em última instância, à própria sociedade.²⁷

José Cerezo Mir define a criminologia como “[...] uma ciência empírica, de caráter interdisciplinar, que estuda o delito como um fato na vida do indivíduo e da sociedade, a personalidade do delinquente, assim como a aplicação prática e a eficácia real das penas e das medidas de segurança”.²⁸ Por ser uma ciência empírica, utiliza-se dos métodos das ciências naturais. Contudo, como o delito é uma forma de conduta humana valorada negativamente em uma sociedade e num dado momento histórico, o seu conhecimento também exige a utilização do método compreensivo.²⁹

Sérgio Salomão Shecaira afirma que a criminologia ocupa-se do estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do delito, por meio de um objeto empírico e interdisciplinar. Ela procura conhecer a realidade para explicá-la, aproximando-se do fenômeno delitivo sem prejuízos ou mediações, a fim de obter uma informação direta deste fenômeno. Exige, por parte do investigador, uma análise totalizadora do delito, sem mediações formais ou valorativas, as quais acabariam por relativizar ou obstacularizar seu diagnóstico. Interessa-lhe, portanto, a imagem global tanto do fato criminoso quanto do seu autor.³⁰

A criminologia encontra-se necessariamente vinculada a uma referência à realidade, a qual lhe confere legitimidade para a proposição ou reivindicação política. Embora

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...*, p. 98.

²⁸ CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 95.

²⁹ *Ibid.*, p. 95. Há que se observar, contudo, que, no tocante à relação da política criminal com a dogmática penal, o autor não adota o posicionamento defendido neste trabalho. Para ele, não obstante a importância atribuída à política criminal e à criminologia, bem como a influência que ambas exercem sobre a dogmática penal, elas são disciplinas autônomas e estanques. A política criminal não chega a penetrar na dogmática, como vetor valorativo do sistema. Partindo desta concepção, a política criminal apresentaria maior importância no momento de elaboração legislativa, sendo relegada a segundo plano quando da interpretação e da aplicação da lei penal constituída. Não por acaso defende a existência de uma “enciclopédia das ciências penais”, de forma bastante semelhante a Franz von Liszt.

³⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 43-45. Não obstante os fecundos ensinamentos do autor sobre política criminal, ele defende a sua autonomia em relação à criminologia e à dogmática penal, de forma a compor um “sistema integrado” das ciências criminais.

atualmente a criminologia não possa ser categorizada como ciência empírica, é lógico que as proposições políticas emergentes da criminologia terão sempre a forma e a medida das realizações conseguidas no plano empírico.³¹ Contudo, não é possível reduzir o discurso político à referência à realidade, uma vez que esta não é a matriz mais importante de suas valorações. Ao contrário, o discurso político é transcendente à própria realidade, que lhe serve tão somente de adequação no plano prático.³²

Sem deixar de ser, na essência, uma ciência empírica e interdisciplinar, com anseio de integração, a criminologia não traz por objeto apenas o fenômeno social como tal, mas, antes, o fenômeno jurídico-criminal. Não se deixa limitar estritamente à investigação das causas do fato criminoso e da pessoa do delinquente, abrangendo a totalidade do sistema de aplicação da justiça penal, principalmente das instâncias formais e informais de controle do crime. Abrange, por conseguinte todo o processo de produção da delinquência, a partir da análise da integração do indivíduo no ambiente social e nos sistemas normativos vigentes.³³

A criminalidade constitui um complexo problema político e social. É um problema político, porque, ao criminalizar determinada conduta, o Direito Penal adota uma decisão política de destacar determinado comportamento humano como crime, imprimindo, de um lado, o desvalor da conduta e, de outro, a importância do bem jurídico-penal protegido. Também é um problema social, pois a criminalidade é uma questão que afeta toda a sociedade, atingindo não apenas o autor do delito, mas também seus familiares, as vítimas (reais ou potenciais), a comunidade, dentre inúmeros outros. O crime ativa um conflito de interesses que deve ser resolvido por toda a sociedade.³⁴

Criminologia e política criminal se influenciam reciprocamente, em uma verdadeira via de mão dupla. Se for certo que a concepção criminológica predominante, obtida por meio de seu método e de seu objeto de análise, determina a forma de entender a criminalidade, e, conseqüentemente, de reagir a ela³⁵, por outro lado, também é correto que

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...*, cit., p. 112.

³² *Ibid.*, p. 112.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 48.

³⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 149.

³⁵ *Ibid.*, p. 164.

a própria investigação criminológica decorre de opções político-criminais prévias, ou que determinadas exigências de política criminal produzem a criminologia correspondente.³⁶

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade afirmam de forma bastante apropriada que: “É a partir do que é que a criminologia avança juízos de dever-ser; e é a partir do que deve ser que a política criminal se propõe a transformar o que é”.³⁷

1.4 Relação com a dogmática penal

As transformações operadas pela política criminal, a partir das observações e resultados proporcionados pela criminologia, não são possíveis sem a influência direta da primeira na dogmática jurídico-penal. A dogmática pode ser definida como “[...] a disciplina que se preocupa com a interpretação, sistematização e desenvolvimento dos preceitos legais e das opiniões científicas no âmbito do direito penal”.³⁸ Ao compor-se num sistema, ela não se conforma em expor seus princípios uns com os outros, ou de tratá-los uns depois dos outros. Ao contrário, procura integrar o conjunto dos seus conhecimentos em um todo ordenado, fazendo a conexão interna de seus dogmas particulares. O sistema atribui à dogmática uma grande segurança jurídica, pois contribui para a igualdade da aplicação do Direito.³⁹

Enquanto o objeto da dogmática penal é a infração penal definida em lei previamente votada no Legislativo, o objeto da política criminal são todos os fenômenos de patologia social, substancialmente ligados àquela.⁴⁰ O Direito Penal surge precisamente de exigências de política criminal, pois busca a co-existência pacífica dos cidadãos. A política criminal, na qual se inclui a finalidade da pena, não pode permanecer à margem da

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...*, cit., p. 110.

³⁷ *Ibid.*, p. 112-113.

³⁸ ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura...*, cit., p. 35. Tradução livre nossa. Texto original: “[...] es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal”.

³⁹ *Ibid.*, p. 36-37.

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 30-31.

interpretação do sistema e das normas penais, sob risco de se ter um sistema incompleto e ineficaz.⁴¹

A dogmática penal procura encontrar soluções justas e adequadas para os problemas concretos da vida de relação comunitária. Isso não pode ser feito voltando-se para princípios ou considerações de valor, fundados em qualquer axiologia pressuposta. O caso concreto deve ser resolvido no contexto do sistema funcional-teleológico e racional do Direito Penal.⁴² Laura Zúñiga Rodríguez afirma com bastante propriedade que: “Os programas de luta contra a criminalidade, isolados no saber penal, estão condenados definitivamente ao fracasso”.⁴³

Para Jorge de Figueiredo Dias, a função principal da dogmática é a de estabelecer a formulação de critérios de valor funcional-teleologicamente orientados para a resolução de uma casuística tão ampla e escolhida quanto possível. Estes critérios de valor servirão de princípios ou tópicos do discurso, da argumentação e do consenso.⁴⁴

Nesta perspectiva, o Direito Penal nada mais é do que a forma pela qual as finalidades político-criminais concretizam-se nas normas positivadas, o que ocorre não apenas no momento de elaboração legislativa, mas especialmente naquele de interpretação e aplicação da lei. Neste sentido, pode-se inclusive afirmar que o Direito Penal é reflexo da política do Estado que o reveste, de modo a espelhar os anseios governamentais. O Direito Penal e a política criminal que o orienta vão caracterizar o Estado do qual fazem parte.⁴⁵

Resta clara, portanto, a importância dos aspectos instrumentais e valorativos do sistema, uma vez que eles deverão compor a base do Direito Penal. À política criminal caberá estabelecer o vínculo entre estes elementos, transpondo a infração penal para influir na própria dogmática penal, modificando conceitos, estabelecendo regras e fins do direito mais adequados à prevenção do delito na sociedade.⁴⁶

⁴¹ MOCCIA, Sergio. Función sistemática de la política criminal: principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente. In: SCHUNEMANN, Bernard; DIAS, Jorge de Figueiredo (Coords.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José Maria Boch, 1995. p. 76.

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 39-40.

⁴³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 151.

⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 36. Os termos em itálico são do próprio autor.

⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal...*, cit., p. 167-168.

⁴⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Manipulação genética...*, cit., p. 81.

Cabe à política criminal não apenas reforçar a sua posição de autonomia, mas ganhar outra de *domínio* e mesmo de *transcendência* face à própria dogmática. Desta forma, as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal devem ser não apenas penetrados ou influenciados por considerações político-criminais, mas determinados e cunhados a partir das funções que estas lhe assinalam no sistema, formando o que Jorge de Figueiredo Dias chama de uma *unidade funcional* entre a política criminal e a dogmática penal.⁴⁷

Desde a obra de Claus Roxin, intitulada *Política criminal e sistema de direito penal*, há certo consenso doutrinário de que o sistema dogmático não pode existir se não for preenchido por aspectos político-criminais. Existe uma forte orientação sobre a ideia de que a ciência do Direito Penal não deve se ocupar apenas da exegese de textos legislativos, mas também contribuir para a determinação do Direito Penal *justo*.⁴⁸

Os direitos fundamentais são garantidos nesta dogmática, que apresenta como base os preceitos constitucionais asseguradores dos limites do poder de punir do Estado Democrático de Direito.⁴⁹ As garantias individuais funcionam como limites à introdução de valores político-criminais na dogmática, filtrando e retirando todas as orientações fundamentadas exclusivamente na prevenção (geral ou especial) de crimes, com desrespeito aos princípios constitucionais adotados pelo Estado Democrático de Direito.

À política criminal cabe a competência para definir os limites de punibilidade especialmente no direito constituído, como vetor de interpretação das normas penais. Isso é feito através do seu trabalho de intermediação entre dogmática penal e criminologia, a fim de que se lance luz sobre as finalidades e os efeitos que se esperam da aplicação do Direito Penal. Política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia são três âmbitos ligados em uma unidade teleológico-funcional.⁵⁰

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 41-42.

⁴⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Gunther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 109.

⁴⁹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas...*, cit., p. 168.

⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 49.

2 SÍNTESE EVOLUTIVA DA RELAÇÃO ENTRE POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA PENAL

O estudo evolutivo da relação entre política criminal e dogmática penal não seria possível sem a análise da evolução das escolas penais, procedido por meio de importantes obras de seus principais expoentes. Ao tratar do classicismo, do positivismo criminológico, do positivismo naturalista e do finalismo, o presente capítulo ressalta as principais contribuições de seus representantes – respectivamente, Cesare Beccaria, Cesare Lombroso, Franz von Liszt e Hans Welzel –, ora para o desenvolvimento da política criminal, ora para o da dogmática penal, e ora para ambos.

Não obstante a grande importância da criminologia para o surgimento e evolução da política criminal, a linha evolutiva criminológica será apresentada de forma subsidiária, apenas como complementação aos conhecimentos de dogmática penal e de política criminal, já que ela não se encontra no foco direto do presente trabalho.

2.1 O classicismo e a ideia de sistematização do Direito Penal

A escola clássica, surgida durante a Ilustração, foi o primeiro movimento de sistematização do Direito Penal, numa tentativa da burguesia, então emergente, de impor limites ao Estado Absolutista. Impulsionada pelo liberalismo e pelas ideias contratualistas, defendia que o indivíduo era portador de direitos inalienáveis e que o poder punitivo do Estado, por restringir a liberdade, deveria decorrer do prisma da legalidade, numa tentativa de conter o arbítrio do poder em mãos da nobreza.⁵¹

Os pensadores do século XVIII entendiam que a sociedade civil ou política era uma forma de ruptura ao determinismo natural. O homem civilizava-se, politizava-se, alcançando a dignidade de cidadão a partir do momento em que decidia livremente limitar sua própria liberdade original, operando uma série de limitações sobre as condições

⁵¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 72.

naturais, proporcionando um racionalismo de viés egoísta, uma vez que voltado para assegurar os direitos de cada indivíduo.⁵²

O indivíduo, munido de razão, converte-se em princípio e em medida de todas as coisas.⁵³ Por meio da razão, o homem pretende dominar a natureza. Embora a ciência tenha se desvinculado da filosofia, ambas se unem no reconhecimento e preponderância do método. O pensamento racional não visa à contemplação, mas, antes, ao desenvolvimento da técnica.⁵⁴

Este verdadeiro processo de culturalização requereu um ordenamento dentro do qual cada indivíduo pudesse alcançar a sua realização pessoal, em situação de igualdade com os demais. Isso exigiu um sistema de efetivas normas de condutas, acompanhadas de sanções formuladas, promulgadas e aplicadas por um poder soberano. Este poder estava acima de todos, e detinha o monopólio da força pública através do consenso e da aceitação daqueles que a ele se encontravam submetidos. Conforme afirmado por José Sáez Capel: “A chave reside na possibilidade de um acordo intersubjetivo para construir o Estado”.⁵⁵

A filosofia que sustentou o Poder Público moderno partiu do pressuposto de um instrumento típico do direito privado: o contrato. Por justificar a recusa de atos de soberania concretos em nome do contrato social, o pensamento contratualista era mais apropriado para impulsionar as reformas e transformações necessárias, modificando a estrutura do Antigo Regime.⁵⁶

⁵² SÁEZ CAPEL, José. Influencia de las ideas de la Ilustración y la revolución en el Derecho Penal. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal pena y criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 248.

⁵³ *Ibid.*, p. 250.

⁵⁴ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Da legalidade moderna à codificação: evolução e crítica. In: *Notáveis do direito penal: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*. Brasília: Consulex, 2006. p. 390.

⁵⁵ SÁEZ CAPEL, José. *op. cit.*, p. 248. Tradução livre nossa. Texto original: “La clave reside en la posibilidad de un acuerdo intersubjetivo para construir el Estado”.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 249. No mesmo sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que, a partir do contratualismo, o delito passa a ter um desvalor em si mesmo. A sociedade passa a entender que o mal do crime não está no crime em si, enquanto figura simbólica, mas no ato do indivíduo que praticou a conduta proibida: “[...] a diferencia de lo que pasaba con el inquisitorio, con el derecho penal convertido en derecho administrativo, en que el hecho ilícito era sólo un signo de la lucha contra el mal que era necesario detener, a partir del industrialismo el hecho ilícito tiene valor por sí mismo, es un hecho individual de un integrante de la sociedad que quiebra el contrato, que viola el contenido, es un disvalor en sí mismo, no hay ninguna fuerza cósmica del mal, es el hecho de un individuo que violó el contrato y con eso causó un daño”. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 84.

A escola clássica não constituiu uma direção doutrinária unitária, compondo-se de diversos pensamentos reunidos por Enrico Ferri sob esta denominação, por conterem um objeto e um método comuns.⁵⁷ Seu objeto é o direito racional ou direito natural, captado por meio da razão. Os clássicos defendiam que o direito era imanente à natureza do homem, ou seja, ele já existia na natureza. Cabia ao legislador depreendê-lo e codificá-lo na forma da lei, a fim de possibilitar-lhe a devida aplicação. Esta apreensão do direito na natureza era feita por meio da razão, o que denota o idealismo e a abstração dos clássicos.

O direito, na forma como encontrado na natureza, era absoluto, perfeito e acabado, porque criado pelos desígnios de Deus. Ocorre que o homem, ao absorvê-lo e positivá-lo, na sua imensa imperfeição, acabava por gerar-lhe distorções.⁵⁸ Deveria, portanto, o legislador absorvê-lo da natureza da melhor forma possível, atribuindo-lhe forma e possibilitando a sua aplicação a todos os homens, indistintamente. Não por acaso os clássicos desenvolveram os direitos individuais, estendendo, entre outras, as bandeiras da legalidade estrita e da igualdade, revestindo o Direito Penal de grande formalidade.

Neste contexto, a natureza política do princípio da legalidade é premente, constituindo verdadeira pedra angular do pensamento liberal. É a legalidade que protege o indivíduo frente ao Estado, o qual engloba o poder arbitrário dos juízes. A lei deve ter uma série de requisitos para que seja obedecida pelos cidadãos: deve ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata. Daí a importância do princípio do *nullum crimen sine lege*, uma vez que ele traz em seu bojo a necessidade de segurança de todo o liberalismo.⁵⁹

⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: B de f, 2003. p. 154. Eugenio Raúl Zaffaroni acrescenta que a atitude dos positivistas de reunir todo o pensamento anterior sob a existência de uma pretendida escola clássica, fundada por Cesare Beccaria e capitaneada por Francesco Carrara, era uma tentativa de desqualificar o movimento anterior como um entrave ao pleno desenvolvimento da ciência. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento...*, cit., p. 84.

⁵⁸ Neste sentido, Montesquieu afirma que: “Os seres particulares inteligentes podem ter leis que eles próprios elaboraram; mas possuem também leis que não elaboraram. Antes de existirem seres inteligentes, eles eram possíveis; possuíam, portanto, relações possíveis e, conseqüentemente, leis possíveis. Antes da existência de leis elaboradas, havia relações de justiça possíveis. Dizer que não há nada de justo ou de injusto além daquilo que as leis positivas ordenam ou proíbem é dizer que antes de se traçar o círculo todos os raios são iguais”. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 12.

⁵⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 14.

O princípio da legalidade também é importante porque, por meio dele, vem à tona o princípio da igualdade, traduzido na igualdade formal, ou seja, no tratamento igualitário de todas as pessoas frente à lei. É graças a ela que se estabelece o princípio de igualdade, dispensando-se igual tratamento a todos.⁶⁰ A igualdade era mais um escudo do Iluminismo contra o poder arbitrário do Estado.⁶¹

Em razão de tudo isso, pode-se afirmar que os clássicos apresentaram um método racionalista, abstrato e dedutivo.⁶² Racionalista porque pautado na razão. Abstrato, pois as suas conclusões eram extraídas de verdades absolutas e intangíveis, em detrimento da observação empírica. E dedutivo, uma vez que partia de postulados, princípios e máximas gerais para a resolução dos casos concretos.

Com os clássicos, o direito incorpora a noção de sistema e passa a atribuir à teoria jurídica um caráter lógico-formal. Ao mesmo tempo, o direito é identificado à lei, o que conduz a um forte legalismo.⁶³ Isso cria a exigência e a certeza da construção sistemática da legislação, tida como prévia e imutável. É por este motivo que a racionalização das leis é uma consequência de destaque do Iluminismo, procurando sistematizar as matérias confusas.⁶⁴

Na Europa, a grande desordem da aplicação simultânea da legislação justiniana, das opiniões dos comentadores, das sentenças dos tribunais, às quais se acresciam o direito canônico, feudal e do Estado local, mais os costumes, os estatutos das cidades e as regras das corporações, exigiam a urgente racionalização e sistematização do direito, a fim de impedir a continuidade de decisões incoerentes e contraditórias.⁶⁵

⁶⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal...*, p. 14.

⁶¹ Sobre o espírito da igualdade extrema, Montesquieu ressalta que: “Assim como o céu está distante da terra, o verdadeiro espírito de igualdade o está do espírito de igualdade extrema. O primeiro não consiste em fazer com que todos comandem, ou que ninguém seja comandado; e sim em obedecer e comandar seus iguais. Não busca não ter nenhum senhor, e sim só ter iguais como senhores. No estado de natureza, os homens nascem realmente na igualdade; mas não poderiam nela permanecer. A sociedade faz com que a percam, e eles só voltam a ser iguais graças às leis”. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis...*, cit., p. 123.

⁶² MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases...*, cit., p. 155.

⁶³ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Da legalidade moderna...*, cit., p. 391.

⁶⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 9.

⁶⁵ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. op. cit. p. 396.

Ao enfatizar o conceito de sistema e de método, o classicismo fez nascer um forte movimento codificador. Os códigos conferiam a noção de sistema e de generalidade, oferecendo uma tecnologia normativa adequada à aplicação do direito, mais cotidiana e mais controlável pelo poder do Estado. Além disso, colocavam-se como um instrumento para o realce do caráter universal do direito. Daí a tendência de exportação dos grandes códigos, como o *Code Civil* de 1804.⁶⁶

A tendência codificadora surgiu com grande força na legislação penal, uma vez que as suas determinações incidem sobre os direitos fundamentais do cidadão, em confronto com o poder do Estado. Foi obra do Iluminismo a exigência das primeiras codificações penais da modernidade, divididas em uma parte geral, relativa ao crime e às penas, e em uma parte especial, responsável por definir as ações delitivas. O primeiro Código Penal iluminista foi o Código da Áustria, surgido no reinado de José II, em 1787, seguido pela Consolidação Geral das Leis de Estado da Prússia, por determinação de Frederico, o Grande, em 1794.⁶⁷

Em Portugal e no Brasil, o movimento reformador estabeleceu um diálogo intenso com as principais correntes de pensamento do resto da Europa. A introdução do pensamento legalista trouxe a necessidade da adoção de códigos criminal e civil modernos por partes destes Estados.

Em Portugal, o movimento codificador iniciou-se após o fim do governo pombalino, com as encomendas de projetos feitas pela própria monarquia, especialmente no reinado de D. Maria I, no qual houve a encomenda de dois códigos ao jurista Pascoal José de Mello Freire, sendo um de direito público e outro de direito criminal. Nesta época, a preocupação do novo governo foi a de dar ao país uma legislação compatível com o espírito da época, impondo o fim da longa vigência das Ordenações Filipinas, tanto no plano do direito civil, como, especialmente, na área do Direito Penal.⁶⁸ Embora não tenha

⁶⁶ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Da legalidade moderna..., cit., p. 395.

⁶⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal...*, cit., p. 13.

⁶⁸ LUISI, Luiz. Iluminismo e direito penal em Portugal no século XVIII. *Ciências Penais: revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, n. 1, v. 1, 2004. p. 122-124. O autor ressalta que, dentre as idéias liberais defendidas por Melo Freire no campo do Direito Penal, intituladas de “axiomas liberais”, estão o princípio da legalidade, o princípio da presunção de inocência, a proporcionalidade das penas, a responsabilidade subjetiva, o caráter preponderantemente preventivo das penas e a repulsa às penas cruéis. No campo do Direito Processual Penal encontra-se a necessidade de prova plena e perfeita para a condenação do réu.

sido aprovado, é notável o pioneirismo do projeto de código criminal do autor, finalizado em 1786, no sentido da realização prática dos ideais e princípios iluministas.⁶⁹

No Brasil, o movimento pela independência, com a consequente emancipação política de 1822, exigiu a elaboração de um código civil e de outro criminal, de forma que este último foi promulgado no ano de 1830.⁷⁰ Neder e Cerqueira Filho afirmam que: “Uma leitura atenta ao Código Criminal de 1830 revela uma presença forte do projeto de código criminal encomendado a Pascoal José de Mello Freire em fins do século XVIII, ao lado das ideias do iluminismo penal inspirado em Beccaria e Bentham”.⁷¹

Cumprе ressaltar a importância da elaboração de uma parte geral nestas leis, pois é ela que delimita as condições de eficácia da norma proibitiva, em defesa dos direitos dos cidadãos.⁷²

Nesta época, a ideia dos soberanos era fortalecer o Estado, por meio da construção de leis lógicas e organizadas, capazes de impor seus padrões ideológicos até mesmo aos juristas. Não por acaso, os clássicos defendiam que, ao juiz, caberia apenas aplicar rigorosamente os ditames da lei ao caso concreto, pois esta era a forma de diminuir-lhe a influência. O direito passou a ser a mera positivação do direito natural, mediante a fundamentação da autoridade, fundada na razão.⁷³

⁶⁹ NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Iluminismo jurídico e circulação de idéias e livros. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 274 e p. 280-281. Luiz Luisi discorda desta afirmação. O autor defende que uma exaustiva pesquisa feita por Zahidé Machado Neto nos anais do Parlamento Brasileiro, referente ao período em que foi discutido e aprovado o Código Criminal do Império, não traz qualquer menção ao *Ensaio* ou às *Instituições* de Mello Freire, contendo, sim, diversas referências a Cesare Beccaria, Jeremy Bentham e até ao Código Penal da Lousiana. Cf. LUISI, Luiz. Iluminismo e direito penal..., cit., p. 125-126. Eugênio Raúl Zaffaroni, por sua vez, afirma que o sistema de dias-multa foi criado no Código Criminal do Império, como recepção das idéias de Gaetano Filangieri, por meio da influência exercida por Pascoal José de Mello Freire. Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento...*, cit., p. 92. De qualquer forma, a importância de Pascoal José de Mello Freire para a divulgação dos ideais iluministas, seja em Portugal ou no Brasil, merece destaque, especialmente diante do retrógrado quadro político-filosófico de Portugal no momento da elaboração de seu projeto de código criminal.

⁷⁰ Sobre a estrutura liberal do Código Criminal do Império e do Código Penal Santa Cruz, promulgados, respectivamente, no Brasil e na Bolívia, no ano de 1830, veja-se: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*. Madrid, n. 43, v. 1, ene./abr. 1989. p. 521-551.

⁷¹ NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. op. cit. p. 274.

⁷² REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal...*, cit., p. 17.

⁷³ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Da legalidade moderna..., cit., p. 396.

2.1.1 Cesare Beccaria: afirmação dos princípios gerais de Direito Penal

Ao lado do movimento de sistematização e de racionalização do Direito Penal, com a elaboração das primeiras codificações modernas, o Iluminismo também trouxe a necessidade de crítica à legislação então vigente, com vistas a sua reformulação, a fim de assegurar a liberdade do indivíduo frente ao Leviatã. Isso gerou um interessante e profundo movimento filosófico de crítica ao Direito Penal, com maior ou menor aceitação dos dados empíricos, e inclinado, ainda que não totalmente, para o método da dedução.⁷⁴

O saber penal, então entendido como a dogmática jurídico-penal, foi se reunindo no pensamento sistemático, o qual vinha desde a Idade Média, por obra dos chamados *práticos*. As obras de política criminal não faziam parte do Direito Penal, uma vez que não se integravam neste tipo de pensamento. Em outras palavras, o saber contido nas obras de política criminal não podia ser utilizado pelos juízes ou pelos tribunais na fase de aplicação da lei, mas somente pelo legislador penal, na sua fase de elaboração.⁷⁵

A obra *Dos delitos e das penas* (1764), de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, compõe-se como máxima expressão das obras de política criminal da época⁷⁶. Laura Zúñiga Rodríguez considera Cesare Beccaria como o verdadeiro fundador da política criminal, por ser o primeiro autor a lançar as bases desta disciplina, qual sejam, o bem-estar social dos cidadãos e o fim específico de prevenção da delinquência, o que é feito através da inter-relação entre estrutura social e delito.⁷⁷

Para José de Faria Costa, a obra de Cesare Beccaria constitui um verdadeiro programa de política criminal, no qual se misturam duas posições aparentemente antagônicas: de um lado, a inequívoca afirmação e preservação dos princípios de igualdade e de garantia; de outro, a apresentação do texto em uma unidade de sistematização deficiente e fragmentada. Não obstante, este dualismo é apenas aparente, já que os

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento...*, cit., p. 85.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 85.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 85.

⁷⁷ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 75-77.

corolários da igualdade, da liberdade e de outras garantias individuais se encontram presentes por toda a obra, denotando um Direito Penal de tônica fortemente liberal.⁷⁸

Na verdade, *Dos delitos e das penas* pode ser tido como o manifesto do garantismo, ou melhor, como o manifesto das garantias de Direito Penal e de Direito Processual Penal, do cidadão e de suas relações com o Estado, tudo com vistas a manter este frágil equilíbrio entre o poder estatal e esfera individual de ação. Com sua obra, Cesare Beccaria procurou posicionar-se no eterno embate entre autoridade e liberdade, entre Estado e indivíduo.⁷⁹

Em sua única obra de Direito Penal, o autor fixa os pilares do classicismo, ao defender cânones como a existência de leis simples, conhecidas pelo povo e obedecidas por todos os cidadãos, bem como a fixação das condutas delitivas e das respectivas penas por leis prévias, em oposição à arbitrariedade do magistrado.⁸⁰ Com isso, o autor rejeita a invasão incondicionada da lei penal no âmbito da liberdade individual, e defende que o único pressuposto válido para admitir a limitação da liberdade individual é a lei penal respeitadora das legítimas exigências da sociedade.⁸¹

Ao legitimar a existência de leis prévias e claras, com base na existência de um contrato social havido entre todos os membros da sociedade, Cesare Beccaria, pela primeira vez, desvincula o direito punitivo do Estado da noção de castigo divino, aproximando o Direito Penal da estrita dimensão humana⁸². A ideia de um contrato social

⁷⁸ COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, n. 74, 1998. p. 91.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁸⁰ Neste sentido, a seguinte passagem da obra de Cesare Beccaria: “Se a interpretação das leis é um mal, é evidente ser um outro a obscuridade que necessariamente arrasta consigo a interpretação, e o será enorme se as leis, sendo escritas em uma língua estranha ao povo, o coloque na dependência de alguns poucos, não podendo julgar por si mesmo qual seria a perda de sua liberdade, ou de seus membros, em uma língua que faz de um livro solene e público, um quase privado e doméstico. [...] Quanto maior for o número daqueles que entenderem e lançarem mão de um sacro código de leis, tanto menos freqüentes serão os delitos, porque não há dúvidas de que a ignorância e a incerteza das penas ajudam a eloqüência das paixões”. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 45-46.

⁸¹ COSTA, José de Faria. *op. cit.*, p. 92.

⁸² *Ibid.*, p. 92.

para a fundamentação da elaboração das leis penais também é interessante porque obriga o estrito cumprimento da lei por todos os cidadãos, sem distinção entre seus membros.⁸³

A aceitação de um contrato social resulta na imposição de pena para aqueles faltosos com o acordo originário. Quem viola o contrato social deve pagar com uma pena, principalmente considerando que, na sua concepção inicial, todos os membros da sociedade estavam de acordo na sua elaboração e, por conta disso, conhecem as condições e as consequências do seu não cumprimento.⁸⁴

A finalidade da pena apresenta-se como a principal questão da obra de Cesare Beccaria, a qual irradiará consequências em todos os demais pontos do pensamento do autor. Para ele, o fim da pena não é “[...] o de atormentar e afligir um ser sensível, nem de desfazer um delito já cometido”.⁸⁵ Ao contrário, a sua finalidade é a de “[...] impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo”⁸⁶.

Cesare Beccaria resolve afastar a ideia da retribuição da pena porque ela encontrava guarida na transcendência teleológica do Antigo Regime. Nele, a autonomia do homem era inexistente, dissolvendo-se na tentativa de aperfeiçoamento a uma moral predefinida pela própria religião, o que, de toda forma, impedia a manifestação da individualidade.⁸⁷ A pena era tida como um castigo, ou seja, uma retribuição pelo mal causado, para que o homem aprendesse a se comportar de acordo com os desígnios de Deus, traduzido e corporificado nas leis do soberano. Ao contrário, a ideia de prevenção fazia da pena um instrumento contra a prática de novos crimes, impedindo o cometimento de abusos por parte do Estado.

⁸³ A idéia de vinculação dos membros da sociedade às leis, com fundamento no contrato social, pode ser ilustrada pela seguinte passagem da obra de Cesare Beccaria: “A segunda consequência é que se cada membro particular ligou-se à sociedade, esta igualmente ligou-se a cada membro em particular por um contrato que, por sua natureza, obriga as duas partes. Esta obrigação, que desce do trono até o campo, que deixa iguais o maior e o menor entre os homens, não significa outra coisa senão que é interesse de todos que os pactos úteis ao maior número sejam observados. A violação, ainda que de um só, começa a autorizar a anarquia. O soberano, que representa a própria sociedade, não pode elaborar senão leis gerais que obriguem a todos os membros, e nem julgar senão quem tenha violado o contrato social, pois que então a nação se dividiria em duas partes, uma representada pelo soberano, que afirma a violação do contrato, e outra do acusado, que a nega”. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas...*, cit., p. 42.

⁸⁴ Ibid., p. 97.

⁸⁵ Ibid., p. 57.

⁸⁶ Ibid., p. 57.

⁸⁷ Ibid., p. 96.

Para o autor, portanto, a finalidade preventiva, seja a prevenção geral ou a especial, sobrepõe-se, em muito, à finalidade retributiva, compondo um real e consequente programa político-criminal.⁸⁸ A opção de Cesare Beccaria de sobrepôr a finalidade preventiva da pena sobre aquela retributiva não era típica do Iluminismo, que também se coadunava à ideia de retribuição. Esta retribuição pode ser explicada pela defesa do livre-arbítrio. Se o homem é dotado de razão, ele é capaz de decidir entre o bem e o mal, o justo e o injusto, o lícito e o ilícito. Caso opte pelo mal, será punido na exata proporção e medida da lesão causada.

Para o Iluminismo penal retributivista, a ciência penal permite um controle da criminalidade, mas nunca a sua completa extinção, pois o homem, conhecendo as proibições legais, sempre tem a liberdade para respeitá-las ou violá-las, sendo sua decisão produto de seu livre-arbítrio e de sua razão. Na Terra existem os “justos” e os “injustos”, os “bons” e os “maus”. A sociedade nunca deixa de conviver com os crimes, devendo o criminoso sofrer a sanção penal como consequência de seus atos.⁸⁹

O segundo fundamento iluminista para a finalidade retributiva da pena reside na ideia do próprio contrato social. Quando cada indivíduo cede o mínimo necessário de sua liberdade para beneficiar-se da segurança necessária à vida individual e também coletiva, ele automaticamente aceita o crime como um mal necessário, encontrando-se sujeito à pena prevista em lei certa, anterior e precisa. Aquele que viola o contrato social deve submeter-se a uma pena proporcional ao mal causado, como retribuição pela violação à segurança da sociedade.⁹⁰

Embora Cesare Beccaria não tenha rechaçado completamente a ideia de retribuição, defendendo a finalidade preventiva da pena de forma difusa em sua obra, é certo que esta última compõe um verdadeiro programa de política criminal, dela derivando vários outros postulados de grande importância à sistematização do Direito Penal.

O primeiro deles é o de que se devem evitar os resultados lesivos gerados pelo crime. Para o pensamento medieval, o afastamento do mal gerado com o crime deveria ser

⁸⁸ COSTA, José de Faria. *Ler Beccaria...*, cit., p. 102.

⁸⁹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas...*, cit., p. 145.

⁹⁰ COSTA, José de Faria. *op. cit.* p. 96-97.

conseguido através do esforço e da redenção individual. Já para o pensamento iluminista, do qual Cesare Beccaria encontra destaque, a prevenção deve ser realizada através das causas externas do crime, com o envolvimento de toda a sociedade.⁹¹ Neste sentido, o Direito Penal deve ser utilizado como a *ultima ratio*, apenas quando os demais mecanismos de contenção social se mostrassem ineficazes.

O segundo postulado é o da efetividade da aplicação da lei, em oposição ao seu rigor.⁹² O Direito Penal deve buscar a cominação de penas mais brandas, pois elas permitem maior efetividade de aplicação por parte do juiz. De forma mais simples: o que efetivamente previne o crime não é o rigor da pena em si, mas, antes, a certeza da punição.

O terceiro postulado é o da proporcionalidade entre os crimes e as penas, pois, quanto mais grave o crime, e quanto maior a predisposição dos homens para cometê-lo, maiores devem ser os obstáculos para impedirem a sua prática.⁹³ A ideia de proporcionalidade traz consigo a racionalidade sistemática característica o Iluminismo, o qual exerceu enorme influência sobre o autor.

O quarto postulado é o do fim do confisco e das penas infamantes, bem como das penas cruéis, nelas incluída a pena capital. Interessante o raciocínio de Cesare Beccaria sobre esta última. Partindo mais uma vez do pensamento contratualista, ele defende que as leis nada mais são do que a soma de mínimas porções de liberdade privada de cada um, a fim de representar a vontade geral, impressa no conjunto de particulares.⁹⁴

Se isso é assim, afirma que a lei não pode trazer a pena de morte por sanção, pois nenhum homem abdica de parte de sua liberdade natural para atribuir a outros o poder de

⁹¹ COSTA, José de Faria. *Ler Beccaria...*, cit., p. 102.

⁹² Neste sentido, a seguinte passagem: “Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas a infabilidade delas e, por conseqüência, a vigilância dos magistrados e aquela severidade de um juiz inexorável que, para ser uma útil virtude, deve estar acompanhada de uma branda legislação. A certeza de um castigo, ainda que moderado, causará sempre uma melhor impressão que o temor de outro mais temível, unido à esperança da impunidade [...]”. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas...*, cit., p. 83.

⁹³ Embora a proporcionalidade envolva a idéia de retribuição, percebe-se que a preocupação central do autor neste campo é o de criar obstáculos para a prática de novos crimes, o que pode ser percebido neste excerto: “Não é somente interesse comum que não se cometam delitos, mas que sejam mais raros à proporção dos males que provocam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que repelem os homens dos delitos à medida que são contrários ao bem público, e à medida dos estímulos que os levam aos delitos. Portanto, deve haver uma proporção entre os delitos e as penas”. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas...*, cit., p. 47.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 85.

decidir sobre a sua própria vida. Caso contrário, ao homem seria dado, indiretamente, o poder de matar-se, o que vai completamente contra as leis da natureza. Neste contexto, a pena de morte não é um direito do Estado, constituindo instrumento abusivo e falacioso contra o cidadão.⁹⁵

Para Cesare Beccaria, a pena de morte seria pertinente somente nos casos em que a própria segurança do Estado estivesse ameaçada pela influência política exercida por determinado indivíduo, o que ocorreria, sobretudo, nos tempos de guerra, revoluções ou instabilidade política.⁹⁶ Também defende a aplicação da pena capital quando esta seja a única forma de desestimular outras pessoas a cometerem delitos.

No tocante ao influxo das ideias liberais em relação ao processo penal, Cesare Beccaria posiciona-se pelo fim da tortura, do testemunho secreto e dos juízos de Deus para a obtenção da verdade no processo.

Cesare Beccaria afirma que a tortura é inútil à obtenção da verdade no processo penal. Parte do pressuposto da presunção de inocência do réu até a existência de sentença penal condenatória, motivo pelo qual a sociedade não lhe pode retirar a proteção pública. Sendo assim, caso o réu ainda não tenha sido condenado, a tortura é injusta, posto que pode ser exercida sobre um inocente. Caso haja condenação, a tortura é inútil, pois a culpa do indivíduo já foi demonstrada.⁹⁷

O marquês acrescenta ser impossível que um homem assuma, ao mesmo tempo, as posturas de acusador e acusado, transformando a dor num critério apurador da verdade,

⁹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas...*, cit., p. 85.

⁹⁶ Ibid., p. 86. Este foi o posicionamento adotado pelo art. 5º, XLVII, da Constituição Federal Brasileira de 1988, que veda a pena de morte, permitindo-a, contudo, nos casos de guerra declarada.

⁹⁷ Ibid., p. 63-64. Pietro Verri, um dos grandes iluministas do século XVIII, cujas ideias em muito influenciaram Cesare Beccaria, faz a seguinte observação sobre o tema: “Qual é o sentimento que nasce no homem, ao sofrer uma dor? Este sofrimento é o *desejo de que a dor pare*. Quanto mais violento for o suplício, tanto mais violentos serão o desejo e a impaciência de que chegue ao fim. Qual é o meio com que um homem torturado pode acelerar o término da dor? Declarar-se culpado do crime pelo qual é investigado. Mas é verdade que o torturado cometeu o crime? Se a verdade é sabida, é inútil torturá-lo; se a verdade é duvidosa, talvez o torturado seja inocente, tal como o culpado, é igualmente levado a se acusar do crime. Portanto, os tormentos não constituem um meio para descobrir a verdade, e sim um meio que leva o homem a se acusar de um crime, tenha-o ou não cometido. Nada falta a este raciocínio para ser uma perfeita demonstração”. Cf. VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. 2. ed. Trad. Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 88.

como se esta “residisse nos músculos e nas fibras de um miserável”⁹⁸. A tortura seria um meio seguro de absolver os fortes perversos, e de condenar os fracos inocentes, colocando-o em pior condição do que o culpado.

Sérgio Salomão Shecaira e Eugenio Raúl Zaffaroni defendem que a importância da obra de Cesare Beccaria não está propriamente na criação dos preceitos liberais, uma vez que eles já se encontravam em voga há bastante tempo. Sua importância reside na sua compilação e sistematização em uma obra. Para Eugenio Raúl Zaffaroni, o mérito de Cesare Beccaria foi o de denunciar os abusos aos quais eram submetidos os indivíduos em momento oportuno e com grande êxito⁹⁹. Por sua vez, Sérgio Salomão Shecaira afirma que:

A rigor, o que explica sua importância para o direito penal moderno não é a originalidade nem tampouco o conteúdo específico de sua obra. Ele produziu uma síntese das idéias iluministas então em curso, algumas das quais bastante antigas. A concepção filosófico-penal de *Beccaria* foi a maior expressão da hegemonia da burguesia no plano das idéias penais, motivada pelas necessidades de transformações políticas e econômicas.¹⁰⁰

De qualquer forma, pode-se afirmar que a obra de Cesare Beccaria compõe-se num importante programa de política criminal, fundamentado na finalidade preventiva da pena e na limitação do poder punitivo do Estado. Para o autor, o Direito Penal deve ser tido como um instrumento legítimo de limitação de liberdade dos indivíduos, desde que estas limitações sejam realizadas o mínimo necessário, de forma a assegurar o bem comum, atingindo-se a máxima liberdade, repartida pelo maior número de pessoas.¹⁰¹ Não por acaso, Sérgio Salomão Shecaira afirma que: “*Dos delitos e das penas* é a pedra fundamental do direito penal liberal e da própria criminologia clássica, razão por que também foi a maior fonte de críticas dos pensadores positivistas, especialmente pelo radical mecanismo de racionalidade a que deveriam estar sujeitos os condenados que, já naquela época, estava sendo submetido à prova”.¹⁰²

⁹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas...*, cit., p. 64.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento...*, cit., p. 88.

¹⁰⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, cit., p. 98.

¹⁰¹ COSTA, José de Faria. *Ler Beccaria...*, cit., p. 99-103.

¹⁰² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *op. cit.*, p. 99.

2.2 O positivismo e as primeiras manifestações criminológicas

Aos poucos, a escola clássica foi perdendo o seu vigor, principalmente devido às transformações econômico-sociais verificadas com a Revolução Industrial, durante a segunda metade do século XIX. O método racionalista abstrato do Direito Penal não era capaz de solucionar a criminalidade que então surgia e se proliferava nos centros urbanos. A máxima dos clássicos, traduzida no princípio da igualdade formal, qual seja, a igualdade perante a lei, advinda do pensamento contratualista, não mais condizia com a violenta desigualdade social que se verificava na época. O Direito Penal clássico tornou-se inadequado para lidar com a nova criminalidade e com o cientificismo que então surgia, liderado por Lamark e Charles Darwin.

Os movimentos sociais do século XIX e as lutas dos trabalhadores pelos direitos coletivos impulsionaram o Estado, inicialmente liberal e não intervencionista, a regular as disfunções da esfera social, produzidas por uma economia livre. O instrumento eleito foi a ciência, impulsionada pelo método empírico e indutivo. O direito poderia ser conhecido apenas através do método utilizado pelas ciências empíricas.

O positivismo apresentou três vertentes: a) o positivismo criminológico, de procedência italiana, com destaque para Cesare Lombroso, que pregava, em linhas gerais, o estudo empírico e experimental do delito e do delinquente como fenômenos reais da natureza; b) o positivismo jurídico (ou normativista), de grandes projeções na Alemanha e na Itália, o qual considerava o direito positivo como único objeto da ciência penal; e c) o positivismo naturalista, com projeções na Alemanha, cuja principal referência foi Franz von Liszt, com a preocupação não apenas com o estudo da dogmática, mas também com o estudo empírico do delito e da pena.¹⁰³

O presente trabalho aborda, de forma mais detida, os positivismos criminológico e naturalista, pois eles serviram de palco, respectivamente, para as obras de Cesare Lombroso e de Franz von Liszt. O primeiro foi de grande importância para o

¹⁰³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases...*, cit., p. 188.

desenvolvimento da criminologia e, conseqüentemente, da política criminal. O segundo teve enorme contribuição na aproximação da política criminal à dogmática penal.

2.2.1 O homem delinqüente de Cesare Lombroso e a criminologia

A obra de Cesare Lombroso (1835-1909), *O homem delinqüente*, foi publicada na Itália no ano de 1876, inaugurando-se com ela a escola positiva italiana, a qual representou um novo período tanto da criminologia quanto da política criminal.¹⁰⁴

O clima político-intelectual do crime havia se transformado profundamente durante o século XIX. As expectativas otimistas depositadas nas reformas penais e penitenciárias trazidas pelo classicismo haviam caído por terra, pois, ao invés de reduzir, a criminalidade havia aumentado e se diversificado, apresentando altos índices de reincidência.¹⁰⁵ Era necessário, portanto, adotar novos métodos, novas formas de tratar o crime e o criminoso.

A escola criminológica representou um verdadeiro salto qualitativo no tratamento do crime. Com ela, teve início a criminologia científica, disciplina construída com a exaltação dos critérios de cientificidade empírico-experimentais, em oposição às representações da escola clássica, tida pelos positivistas como “metafísicas”.¹⁰⁶ Do idealismo passou-se ao materialismo, do abstrato ao concreto, da dedução à indução. O delito deixou de adquirir conotação ideal, passando a ser examinado como fenômeno empírico, posto que inserido em um contexto real-material. A pena desvencilhou-se completamente da ideia de retribuição, dirigindo-se à defesa da sociedade.¹⁰⁷

O homem delinqüente, obra de Cesare Lombroso, insere-se neste contexto cientificista de exploração e pesquisa empírico-experimental. Sua obra é dividida em doze capítulos, organizados em três partes, quais sejam: a) primeira parte, que trata da embriologia do crime; b) segunda parte, que cuida da anatomia patológica e antropometria do crime; e c) terceira parte, que trata da biologia e psicologia do criminoso nato.

¹⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...*, cit., p. 10.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 10-11.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases...*, cit., p. 160.

Na primeira parte, Cesare Lombroso procura demonstrar as causas naturais do crime. Para tanto, coloca que a criminalidade não é exclusiva do homem civilizado, estando presente entre todos os organismos inferiores (animais e plantas), entre os selvagens e entre as crianças. Com isso, quer demonstrar que a criminalidade não apresenta fundamento no livre-arbítrio humano, como compreendiam os clássicos, mas nos sentimentos e nos instintos presentes em todos os organismos vivos, dos quais o homem não está imune. Daí o destaque dos estudos do autor para os sentimentos de raiva, maldade, paixão, amor, ciúme, preguiça, vaidade, bem como necessidade alimentar, necessidade de aglomeração, dentre outros, verificados entre os seres criminosos.¹⁰⁸

Com a primeira parte de sua obra, Cesare Lombroso também quer demonstrar que a pena é estabelecida não somente entre os homens civilizados, mas também entre os organismos inferiores, os selvagens e as crianças, como forma de conter o impulso criminoso dos seres, possibilitando a existência e continuidade das espécies.¹⁰⁹

Na segunda parte de *O homem delinqüente*, Cesare Lombroso cuida dos caracteres biológicos e patológicos do criminoso. É nesta parte que residem as principais conclusões do autor, a partir das inovações trazidas pelo positivismo de base criminológica. Nesta oportunidade, ele relata o resultado das pesquisas feitas diretamente sobre os criminosos, compreendendo o exame de: a) 383 crânios; b) cérebro, coração, vísceras e esqueletos; e c) 5.907 fisionomias.

Com a análise dos 383 crânios de criminosos, o autor procura comprovar que o criminoso é um ser humano atávico¹¹⁰, ou seja, involuído biologicamente e, por isso mesmo, acometido pelas doenças e pelos vícios decorrentes de sua anomalia biológica. Suas principais inspirações foram as teorias evolucionistas de Lamark e de Charles Darwin.

¹⁰⁸ LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. Trad. 2ª ed. franc. p. 47-158. Não obstante a obra consultada se refira ao prenome do autor língua vernácula – César –, preferiu-se, ao longo do texto, utilizá-lo em italiano – Cesare.

¹⁰⁹ Ibid., p. 47-158.

¹¹⁰ Sobre o atavismo, Cesare Lombroso afirmou que as anomalias constantes nos criminosos recordam as raças selvagens, mesmo os antropóides, e que a reunião destas anomalias atávicas em um mesmo criminoso significava que ele apresentava o tipo criminal. Cf. LOMBROSO, César. op. cit., p. 266.

Para Cesare Lombroso, os homens *normais*, ou seja, não criminosos, estavam em um grau superior de evolução, enquanto os criminosos, os loucos e os selvagens permaneciam num grau inferior na escala biológico-evolutiva. Não por acaso, frequentemente o autor relaciona os crânios dos criminosos aos crânios dos loucos¹¹¹ ou dos homens pré-históricos¹¹², a fim de justificar o atavismo e o pouco desenvolvimento biológico do delinquente.

Pela concepção do positivismo criminológico, o criminoso era considerado um anormal, portador de um forte desvio biológico que atestava a sua condição de regressão a estados primitivos da evolução da espécie humana. Em virtude destas verdadeiras anomalias biológicas, o crime era inerente ao nascimento, ou seja, o criminoso era nato: ele já nascia com a predisposição para delinquir. A efetiva prática do crime dependia apenas do momento em que tais anomalias se fizessem presentes com maior força na personalidade do ser, impulsionando-o fatalmente para a prática do crime.

Cesare Lombroso expressa a ideia do criminoso nato em várias passagens de *O homem delinqüente*, como ocorre no excerto a seguir, na qual ele compara o criminoso com os loucos:

Os loucos aproximam-se dos homens normais, mais do que os criminosos, quanto à mensuração das órbitas, do maxilar, da circunferência craniana, da face, da fosseta occipital média, o que não deve surpreender quando se pensa que uma grande parte dos loucos não nascem, mas tornam-se tais, enquanto que, nos criminosos dá-se o contrário.¹¹³

Em relação às anomalias cranianas, Cesare Lombroso destaca a presença da fosseta occipital média, com a conseqüente hipertrofia do cerebelo médio, órgão descendente dos

¹¹¹ Isso ocorre, por exemplo, quando o autor trata do tamanho dos crânios analisados, concluindo da seguinte forma: “Enfim: o maior número de crânios pequenos e talvez também de muito grandes seria uma das características dos criminosos. O mesmo para os loucos, se bem que estes apresentam uma tendência bem mais marcante para exceder as capacidades muito grandes”. Cf. LOMBROSO, César. *O homem delinqüente...*, cit., p. 163.

¹¹² Neste sentido, a seguinte passagem: “Em resumo, encontramos, entre os criminosos, um peso muito grande, uma largura mais considerável e uma maior altura dos encaixes do maxilar inferior, o que poderíamos relacionar com os resultados de Quatrefages sobre os crânios pré-históricos”. LOMBROSO, César. op. cit., p. 173.

¹¹³ Ibid., p. 173.

altos primatas, ao nível dos roedores, dos lemurianos e do homem entre o terceiro e quarto meses de sua vida fetal.¹¹⁴

Além da fosseta occipital média, relata outras alterações atávicas da face e da base do crânio, tais como a presença de sinos frontais enormes, fronte fugidia, soldura do atlas, aspecto viril dos crânios das mulheres, dupla face articular do côndilo occipital, achatamento do palatino, osso epactal, e órbitas volumosas e oblíquas.¹¹⁵

No tocante às anomalias no cérebro e nas vísceras dos criminosos, merece destaque a seguinte observação do autor: “[...] há uma curiosa superioridade das insuficiências valvulares e de atrofias cardíacas, e uma muito maior analogia com os loucos do que com os sãos nas adiposes e na hipertrofia do coração”.¹¹⁶ Cesare Lombroso associa as anomalias cárdio-vasculares à presença de distúrbios mentais e psíquicos, tais como as manifestações violentas, a melancolia e a depressão.¹¹⁷

Interessantes, também, os comentários do autor sobre a fisionomia do criminoso. Os estupradores são marcados por olhos salientes, fisionomia delicada e lábios e pálpebras volumosos, sendo que a maior parte deles é loura, raquítica e, às vezes, corcunda. Os falsários apresentam uma fisionomia quase clerical, com semblante pálido, olhos pequenos, nariz torto, perda precoce dos cabelos e aspecto de mulher idosa.¹¹⁸ Sobre os homicidas habituais, o autor descreve:

Os homicidas habituais têm o olhar vidrado, frio, imóvel, algumas vezes sangüíneo e injetado; o nariz, freqüentemente aquilino ou adunco como o das aves de rapina, sempre volumoso; os maxilares são robustos; as orelhas, longas; os zigomas largos; os cabelos crespos são abundantes e escuros. Com freqüência, a barba é escassa, os dentes caninos muito desenvolvidos; os lábios, finos; Muitas vezes há nistagmo e contrações de um lado do rosto que mostram a saliência dos dentes caninos como um sinal de ameaça.¹¹⁹

Por fim, na terceira parte de sua obra, o autor trata da biologia e da psicologia do criminoso nato, estudando, de um lado, a sua sensibilidade geral e, de outro, os seus

¹¹⁴ LOMBROSO, César. *O homem delinqüente...*, cit., p. 195. Cesare Lombroso explica que a fosseta occipital média “[...] limita-se dos dois lados por saliências ósseas que se dirigem primeiro, paralelamente, figurando um trapézio e terminando próxima à cavidade occipital por um pequeno promontório triangular”.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 287.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 219.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 219.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 247-248.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 248.

comportamentos, sejam eles individuais ou em grupo. Com isso, Cesare Lombroso procura demonstrar que o desenvolvimento atávico do criminoso vai para além de sua constituição biológica, alcançando os seus sentidos, os seus sentimentos e, conseqüentemente, o seu convívio em sociedade. O crime é inerente à própria constituição física do indivíduo, devendo, portanto, ser tratado como uma anomalia degenerativa, um mal que cresce de dentro para fora do indivíduo.¹²⁰

Especialmente em relação à insensibilidade física, o autor afirma que quase todas as diferentes espécies de sensibilidade tátil, olfativa ou gustativa são anormais entre os criminosos, mesmo entre aqueles de ocasião, se comparados ao homem normal. Ressalta que “sua insensibilidade física relaciona-se assaz bem àquela dos povos selvagens que podem afrontar, nas iniciações da puberdade, as torturas, que não suportaria jamais o homem de raça branca”.¹²¹

Quanto à insensibilidade afetiva, o autor coloca que esta é tão grande quanto aquela física, de forma que uma seria efeito da outra. Afirma que o primeiro sentimento que se extingue nos criminosos é o de piedade pelo sofrimento de outrem, exatamente porque eles próprios apresentam-se insensíveis ao sofrimento.¹²² Apenas alguns poucos sentimentos degenerativos permanecem em relação a eles, sempre com grande intensidade, tais como: a vaidade; a vingança; a crueldade; o prazer do vinho, do jogo e do tabaco, e a lascívia.¹²³

Ao tratar da insensibilidade afetiva, Cesare Lombroso posiciona-se contra a pena de morte, pois afirma que esta serve mais para incentivar a criminalidade do que para preveni-la. Coloca que os executados por meio da pena capital são tratados como verdadeiros mártires, e seus corpos são venerados como santas relíquias pelos demais criminosos. Não por acaso, é grande a incidência de homicídios cometidos logo após a execução da qual os agentes foram testemunhas. Para o autor, a insensibilidade afetiva do criminoso, traduzida no desrespeito não apenas pela vida de terceiros, mas também pela sua própria vida, acaba por impulsionar a prática de crimes graves, para que os respectivos agentes morram de forma respeitosa e digna dentre os demais delinquentes.¹²⁴

¹²⁰ LOMBROSO, César. *O homem delinqüente...*, cit., p. 291-516.

¹²¹ *Ibid.*, p. 354.

¹²² *Ibid.*, p. 363.

¹²³ *Ibid.*, p. 379-396.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 366.

Com a análise das estatísticas de reincidência, Cesare Lombroso quer comprovar o atavismo do homem delinvente. O criminoso nasceu destinado a delinquir: esta delinquência cinge-se a um pequeno círculo de pessoas que repetem a prática criminosa constante e incessantemente.¹²⁵

Ao estudar os comportamentos dos criminosos, o autor defende a tese de que eles apresentam linguagem e comportamentos muito próprios, diversos daqueles inerentes ao homem normal ou civilizado, em virtude do atavismo e da degeneração que apresentam. Sobre a gíria dos criminosos, ele conclui que:

O atavismo tem contribuído mais do que qualquer outra coisa. Os criminosos falam de modo diverso do nosso, porque não sentem como nós. Falam como selvagens, porque são verdadeiros selvagens. Empregam frequentemente a onomatopéia, o automatismo. Eles personificam coisas abstratas. [...] O homem grosseiro que, privado de toda educação moral, abandonado às suas tendências depravadas, forma uma língua nova. Ele difere pouco do homem selvagem que fez os primeiros esforços para se organizar em sociedade.¹²⁶

A gíria utilizada entre os criminosos seria um verdadeiro retorno ao homem primitivo.

As bases de sua teoria foram, portanto, o atavismo, a degeneração pela doença e a ideia de criminoso nato.¹²⁷ Estas características foram demonstradas pelo autor por meio das anomalias encontradas no crânio do criminoso, mas também por distúrbios em seu coração e vísceras, bem como pelas distorções de sua face. Tais anomalias comprovavam que o criminoso, em verdade, era em um selvagem, um animal primitivo, com dificuldades para conter seus impulsos instintivos e seus sentimentos degenerativos, e, conseqüentemente, comportar-se como um homem civilizado, *normal*.

Para Cesare Lombroso o livre-arbítrio era mera ficção, pois o homem era impulsionado e regido por seus fatores biológicos. Ele não negava os fatores exógenos, como os sociais, mas afirmava que estes eram importantes apenas à medida que

¹²⁵ LOMBROSO, César. *O homem delinqüente...*, cit., p. 401-412.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 466.

¹²⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, cit., p. 97.

desencadeavam os fatores endógenos, tais como os biológicos e clínicos, verdadeira causa da criminalidade.¹²⁸

Ao contrário dos clássicos, o positivismo criminológico negava de forma contundente o livre-arbítrio do homem, defendendo o determinismo do comportamento humano, incluindo aquele criminoso. Disso decorre a possibilidade de previsão dos fenômenos criminais, os quais podem ser descritos por meio de verdadeiras leis científicas.¹²⁹

Para os positivistas, como o delito é um fato pertencente à esfera do real-material, não pode subtrair-se às leis que regem este âmbito, incluindo a lei da causalidade. Todo fato verificado na natureza é produzido por causas. São as causas que determinam a vontade do agente, e não o contrário.¹³⁰

Se o delito é determinado por causas da natureza, o pressuposto da reação punitiva deve fundamentar-se fora da livre decisão de praticar crimes. Isso faz com que a pena apresente não a função retributiva, mas exclusivamente preventiva, voltada a impedir a prática delitiva, ou ao menos, obstaculizar a prática de crimes.¹³¹

¹²⁸ LOMBROSO, César. *O homem delinqüente...*, cit., p. 398 (rodapé – nota dos tradutores). Em interessante artigo, Miguel Reale Júnior ressalta que, especialmente por influência do espiritismo, religião fundada por Alan Kardec, a qual reconhece o livre arbítrio como ferramenta indispensável para o aprimoramento e a evolução do espírito, Cesare Lombroso acabou por reconhecer a pouca incidência das hipóteses de criminoso nato. Miguel Reale Júnior termina por concluir que: “Este trajeto da razão à religião, faz-me a convicção de que a liberdade não pode ser indiferente, sem se situar o homem em suas circunstâncias biológicas, sociais e histórias, pois o homem age no mundo que o circunda. O homem possui uma liberdade mais que situada, sitiada, sem deixar de ter, contudo, uma esfera de decisão por via da qual define a realização da vontade e a do seu próprio modo de ser. Sem liberdade perdem sentido a dignidade do homem e a imortalidade do espírito”. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Razão e religião*. Estado de São Paulo, São Paulo, 03 de jan. 2009. Opinião. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090103_not_imp301915,0.php> Acesso em 22 jan. 2009.

¹²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...*, cit., p. 12.

¹³⁰ PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases...*, cit., p. 161-162.

¹³¹ *Ibid.*, p. 162.

A pena não mais é concebida como um castigo, mas sim como meio de defesa social. Sua aplicação é feita não de acordo com a gravidade do crime, tal como ocorria no classicismo, mas conforme a periculosidade do delinquente.¹³²

O crime passa a ser visto como uma verdadeira doença da sociedade, e a pena como o seu remédio. Daí a substituição da pena pela medida de segurança, a fim de se substituir a punição pelo tratamento do criminoso, prevenindo, desta forma, a prática de crimes futuros.¹³³

O pensamento de Cesare Lombroso recebeu duras críticas, pois parecia evidente que a criminalidade não poderia ser determinada apenas por fatores internos ao delinquente, principalmente considerando as lamentáveis condições nas quais vivia a

¹³² Sobre a defesa social, Enrico Ferri escreveu: “Se qualquer crime, do mais leve ao mais feroz, é a expressão sintomática de uma personalidade anti-social, que é sempre mais ou menos anormal e portanto mais ou menos perigosa, é inevitável a conclusão de que a organização jurídica da defesa social repressiva não se pode subordinar a uma pretensa normalidade ou intimidabilidade ou dirigibilidade do delinqüente. De qualquer maneira que um homem se torne delinqüente, com vontade e inteligência aparentemente normais, em virtude de pouca anormalidade, ou com vontade e inteligência fracas ou anormais ou doentes, incumbe sempre ao Estado a necessidade – e portanto o direito-dever – da defesa repressiva, somente subordinada, na forma e medida das suas sanções, à personalidade de cada delinqüente, mais ou menos readaptável à vida social”. Cf. FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Campinas: Bookseller, 1996. p. 230.

¹³³ Há que se ter cuidado com o conceito de periculosidade, pressuposto para a aplicação da medida de segurança, pois ele é vago e impreciso, podendo abarcar os mais diversos tipos de criminosos e de criminalidade. Este conceito é especialmente nocivo quando utilizado por Estados totalitários, que não respeitam os direitos individuais, pois a repressão dele se utiliza para conter especialmente os criminosos políticos, impondo-lhes medidas de segurança que mais se assemelham a verdadeiras penas de prisão perpétuas. O recomendado é que se utilize o sistema vicariante, impondo-se a pena para os criminosos imputáveis e a medida de segurança àqueles inimputáveis ou semi-imputáveis dotados de periculosidade, em virtude de sua doença mental, como o fez a Reforma Penal de 1984, pondo fim ao sistema do duplo binário, inicialmente acolhido pelo Código Penal de 1940. Não mais é admissível o sistema do duplo binário em um Estado Democrático de Direito, no qual a medida de segurança, de caráter indeterminado, possa ser aplicada cumulativamente com a pena de prisão para agentes imputáveis. Há interessante trabalho de Eduardo Reale Ferrari neste sentido, no qual o autor também defende a necessidade da imposição de limite máximo para o prazo de duração da medida de segurança aplicável aos inimputáveis e aos semi-imputáveis. Na concepção do autor, este limite deve corresponder ao marco máximo da pena abstratamente cominada no ilícito-típico cometido, a fim de se evitar que a medida de segurança assumira caráter perpétuo, o que é vedado pelo art. 5º, XLVII, “b”, da Constituição Federal Brasileira. Cf. FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 167-200.

grande massa de trabalhadores marginalizados.¹³⁴ Por outro lado, estudos posteriores demonstraram que seus postulados não apresentavam validade científica, pois os traços anatômicos dos criminosos natos eram normais em pessoas comuns.

A importância do pensamento de Cesare Lombroso está na investigação das causas do crime e do criminoso, traçando um perfil sobre a criminalidade de sua época por meio do método dedutivo-empírico. Em que pesem as conclusões do autor, muitas delas tidas atualmente por precipitadas ou ultrapassadas, ele foi capaz de absorver e de sistematizar o pensamento em voga, reunindo ideias de vários cientistas de forma inteligente e convincente.¹³⁵

Seus estudos foram, portanto, de grande importância para o desenvolvimento da criminologia¹³⁶, constituindo peça fundamental na evolução da relação entre dogmática penal e política criminal, esta última entendida como elo de ligação entre a dogmática e os postulados criminológicos.

¹³⁴ Tais distorções foram, em parte, corrigidas por Enrico Ferri, que, em continuidade ao pensamento de Cesare Lombroso, tentou compatibilizar os fatores biológicos aos sociais. Enrico Ferri classificava os criminosos em quatro categorias principais, quais sejam: I) delinquente nato ou instintivo por tendência congênita, cuja tendência criminal era decorrência exclusiva das suas condições de anormalidade fisiopsíquica, recebendo do ambiente físico e social somente um incentivo; II) delinquente louco, levado ao crime não somente por sua enfermidade mental, mas também por sua “atrofia do senso moral”, ou seja, pela falta de repugnância da idéia da execução criminosa; III) delinquente habitual, correspondente àquele que, além das anormalidades hereditárias, somáticas e psíquicas, era impulsionado ao crime pelo ambiente de miséria material e moral, especialmente nos centros urbanos; IV) delinquente ocasional, que, além de suas anomalias biopsíquicas congênicas ou adquiridas, executava a atividade criminosa raras vezes, movido por uma forte influência das circunstâncias do meio, tal como injusta provocação, necessidades familiares ou outros; e V) delinquente passional, o qual era movido, antes de tudo, por uma paixão social. A influência das anomalias biopsíquicas no comportamento do criminoso continuava presente, contudo, com bastante vigor. Cf. FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...* cit., p. 251-263.

¹³⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, cit., p. 101.

¹³⁶ Não obstante Cesare Lombroso seja considerado o “fundador da criminologia moderna” para a maioria dos autores, Sérgio Salomão Shecaira relata que existe uma enorme controvérsia sobre quem teria sido o “Pai da criminologia”. Neste sentido, relata que, para alguns autores, Cesare Lombroso foi posterior a outros estudiosos que já tratavam do tema, como Paul Topinard e Rafelle Garofalo, respectivamente em 1879 e 1885. Outros autores, ainda, destacam a existência de uma criminologia da escola clássica, em grande parte devida a Francesco Carrara e a seus seguidores, com a edição do *Programa do curso de direito criminal*, em 1859, ou ao próprio Cesare Beccaria, ao publicar a sua obra *Dos delitos e das penas*, em 1764, lançando as bases do Direito Penal liberal. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit. p. 81-82. De qualquer forma, a importância dos estudos de Cesare Lombroso no desenvolvimento da criminologia é incontestável, nisso concordando a doutrina.

2.2.2 A ciência penal global de Franz von Liszt

O positivismo naturalista teve sua origem na Alemanha a partir de 1880, especialmente após a publicação do *Programa de Marburgo*, de Franz von Liszt, em 1882. Ocorreu tanto por fatores sócio-políticos quanto por fatores científicos. Como exemplos dos primeiros podem-se destacar: a crise do Estado liberal clássico, que não mais conseguia atender às exigências do proletariado, sendo incapaz de reprimir a criminalidade que então surgia nos grandes centros urbanos; e a adoção de um modelo intervencionista de Estado. Já como fator científico cite-se o apogeu das ciências naturais, especialmente da teoria evolucionista de Charles Darwin.

É de se perguntar qual a diferença entre o positivismo criminológico italiano e o positivismo naturalista alemão, uma vez que ambos foram impulsionados pelos mesmos fatores. Ela reside na forma de positivismo que cada uma destas escolas adotou: enquanto o positivismo criminológico substituiu a dogmática pelo estudo empírico do crime e do criminoso, o positivismo naturalista tentou conciliar ambos os objetos, estudando de um lado a dogmática, e, de outro, o fenômeno criminal.¹³⁷

Um dos principais expoentes do positivismo naturalista foi Franz von Liszt, o qual em muito contribuiu tanto para o desenvolvimento da ciência penal moderna quanto para aquele da política criminal.¹³⁸ O autor inovou ao afirmar que o estudo estrito da norma jurídica não bastava para traçar a finalidade do Direito Penal. Era importante pesquisar a realidade social, para que a norma cumprisse com o fim para o qual fora criada. Daí a importância da criminologia e da política criminal, respectivamente.

A contribuição político-criminal de Franz von Liszt pode ser entendida em sua totalidade partindo-se de sua concepção sobre a finalidade da pena. Nela residem todas as demais consequências por ele traçadas para a elaboração de um novo Direito Penal, localizado entre a sistematização dogmática e a investigação criminológica. Na verdade, a finalidade da pena é o seu verdadeiro ponto de partida, a sua base de sustentação.

¹³⁷ Mir Puig, *Introducción a las bases...*, cit., p. 197-198.

¹³⁸ Laura Zúñiga Rodríguez afirma que Franz von Liszt é considerado pela doutrina o fundador da ciência penal moderna e o pai da política criminal. Cf. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 84.

No tocante à finalidade da pena, Franz von Liszt contrapõe a ideia da pena como ação instintiva àquela outra da pena como ação voluntária. Em sua origem, a pena é “[...] uma resposta cega, instintiva, impulsiva e não determinada pela representação de um fim a alcançar, contra as perturbações das condições de vida dos indivíduos e dos grupos de indivíduos”.¹³⁹ A pena primitiva é o resultado da necessidade de auto-afirmação individual, de preservação do indivíduo e da sua espécie, em uma reação repulsiva contra as perturbações exteriores a sua condição de vida.¹⁴⁰

O autor afirma que, em seus primórdios, a pena adquiriu a conotação de simples resposta automática e irracional contra os delitos, completamente desvinculada de qualquer finalidade, seja ela retributiva ou preventiva. Contudo, não obstante esta ausência de finalidade, desde o início, a pena cumpriu com ao menos duas funções sociais: a ideia de autoconservação individual e a ideia de conservação de toda a espécie. Como exemplo, pode-se citar a vingança privada: embora ela não tivesse fundamento na finalidade (preventiva ou retributiva) da pena, era aplicada de forma automática contra a prática de uma conduta danosa a toda a sociedade, por lesar bens que lhe eram caros, tais como a vida ou a propriedade.¹⁴¹

Para Franz von Liszt, com a ideia de finalidade, a pena adquire extensão e profundidade, possibilitando tanto o desenvolvimento de seus pressupostos, o que se dá por meio do delito, quanto do seu conteúdo e alcance, o que ocorre por meio do Direito Penal, cuja missão é a de transformar a reação cega e instintiva da pena em proteção de bens jurídicos orientada a determinado fim. Portanto, a finalidade da pena permite o desenvolvimento tanto dos pressupostos do crime como do alcance e do conteúdo de todo o sistema penal. Esta posição é extremamente interessante porque une a orientação metafísica da pena a sua configuração empírica.¹⁴²

¹³⁹ LISZT, Franz von. *La idea del fin en el derecho penal: programa de la Universidad de Marburgo, 1882*. Granada: Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 1995. p. 49. Tradução livre nossa. Itálico do texto. Texto original: “[...] una respuesta ciega, instintiva, impulsiva y no determinada por la representación de un fin a alcanzar, contra las perturbaciones de las condiciones de vida de los individuos y de los grupos de individuos”.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 52.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 55.

¹⁴² *Ibid.*, p. 49-50.

A ideia do autor de finalidade transforma a pena de ação instintiva em pena de ação voluntária.¹⁴³ Esta voluntariedade da pena é importante ao permitir o conhecimento das condições de vida tanto da comunidade estatal quanto dos membros que a compõem, a fim de compor os interesses juridicamente protegidos pelo Direito Penal, traduzidos nos bens jurídicos.¹⁴⁴ Como consequência, o poder penal do Estado também se racionaliza, transformando-se, após sucessivas autolimitações, em Direito Penal.¹⁴⁵

Franz von Liszt ressalta que o princípio metafísico da pena, sobre o qual se assentam as teorias de retribuição, não permite que dele se extraia um sólido princípio para a determinação da medida da pena. Além de confundi-la com o delito, a teoria retributiva não encontra parâmetros sólidos para a imposição da respectiva sanção penal, pois tem como fundamento a ideia de Justiça proporcional, a qual depende por completo do sistema penal adotado. Isso gera um raciocínio tautológico: a escolha da medida para a imposição da pena retributiva depende da Justiça, mas esta, por sua vez, depende do grau de desenvolvimento do próprio sistema penal do qual faz parte, atravancando por completo o desenvolvimento do Direito Penal.¹⁴⁶

Afirma ainda que, da mesma forma, a ideia de Justiça proporcional também não é idônea para fundamentar a determinação da medida da pena, pois adota critérios contraditórios para a sua fixação, quais sejam: a lesão de bens jurídicos, critério puramente objetivo; e a direção da vontade do autor do delito, critério puramente subjetivo, de forma que ambos são incompatíveis entre si.¹⁴⁷

Ao contrapor-se à ideia de retribuição da pena, Franz von Liszt defende que a pena justa é aquela necessária para a manutenção da ordem jurídica, ou seja, vinculada à ideia de finalidade adotada pelo Direito Penal. O predomínio da finalidade da pena constitui a proteção mais segura da liberdade individual frente às cruéis formas que a pena adotou no passado.¹⁴⁸ Não obstante, importante indagar qual era a finalidade da pena para o autor, a fim de se evitar um discurso vazio, que possa ser preenchido com todo e qualquer conteúdo.

¹⁴³ LISZT, Franz von. *La idea del fin...*, cit., p. 62-63.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 64.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 67.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 74.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 76-78.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 78-79.

Franz von Liszt afirma que a finalidade da pena é a proteção de bens jurídicos e a prevenção do delito. Por bem jurídico, o autor significa todo direito que tem por fim proteger interesses da vida humana. A vida, por meio das relações dos indivíduos entre si, e destes com o Estado, produz diversos interesses, mas é o direito, por meio de sua proteção jurídica, que converte o interesse em bem jurídico.¹⁴⁹ Para o autor, a manutenção da ordem jurídica e consequente manutenção do Estado constitui a própria justificação ou fundamento da pena finalística ou preventiva.¹⁵⁰

O autor defende que a pena deve ser dirigida contra o delinquente, e não contra o crime. Classifica os criminosos em três grandes grupos, quais sejam: incorrigíveis, necessitados de correção e ocasionais. No primeiro grupo, o autor inclui a grande maioria dos delinquentes habituais, toda a sorte de “[...] pessoas do submundo no mais amplo sentido da palavra; degenerados espirituais e corporais”¹⁵¹, além da maior parte dos reincidentes. O segundo grupo, por sua vez, é formado pela minoria dos delinquentes habituais, ou seja, pelas pessoas necessitadas de correção que, ainda que propensos ao crime por uma predisposição hereditária ou adquirida, não estão perdidos sem salvação possível. Por fim, o terceiro grupo é formado pelos delinquentes ocasionais, ou seja, pelas pessoas cujo fato punível é um episódio, ou seja, um erro que surgiu de forma preponderante por influências externas ao agente. Propõe as sanções penais adequadas para cada grupo, de acordo com as necessidades da sociedade.¹⁵²

Franz von Liszt afirma que a sociedade deve se proteger dos delinquentes incorrigíveis por meio da sua inocuização. Propõe que os criminosos com três ou mais condenações pelos crimes de furto, receptação, roubo, extorsão, estelionato, incêndio, danos, agressões sexuais violentas e agressões sexuais aos filhos deveriam receber pena de reclusão por tempo indeterminado, em regime de escravidão penal, com trabalhos forçados. Esta pena deveria ser cumprida em regime de comunidade e em estabelecimentos especiais, tal como os presídios de caráter disciplinar ou de trabalhos forçados. Os

¹⁴⁹ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Ed. fac-sim. Brasília, DF: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2006. p. 93-95.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 120-121.

¹⁵¹ LISZT, Franz von. *La idea del fin...*, cit., p. 84. Tradução livre nossa. Texto original: “[...] personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra; degenerados espirituales y corporales”. O autor considera exemplos de delinquentes habituais os mendigos e vagabundos, além dos alcoólicos e das pessoas que exercem a prostituição.

¹⁵² *Ibid.*, p. 83-90.

condenados perderiam seus direitos civis. O isolamento celular seria aplicado apenas como punição disciplinar, junto com a prisão na escuridão e o jejum rigoroso.¹⁵³

Em relação aos criminosos necessitados de correção, o autor defende que as penas privativas a eles aplicadas deveriam ter sempre a duração mínima de um ano, pois, para ele, as penas de curta duração são desmoralizantes e absurdas. O máximo de pena aplicada seria de cinco anos, e seu cumprimento começaria no isolamento celular, alcançando o regime de comunidade no caso de bom comportamento, após anuência revogável do Conselho de Vigilância. Os direitos civis permaneceriam suspensos até o fim do cumprimento da pena. Este tipo de condenação seria aplicado apenas para condenação pela prática do primeiro e do segundo delito. A partir do terceiro, o criminoso passaria a ser considerado incorrigível, recebendo a respectiva pena.¹⁵⁴

Para os criminosos habituais, o autor afirma que a pena deve procurar, exclusivamente, restabelecer a autoridade da lei que foi infringida. Seria, portanto, recomendável uma pena privativa de liberdade única, com ou sem regime de proibição de comunicação, com duração mínima de seis semanas e duração máxima de dez anos, e com privação facultativa dos direitos civis. Propõe ainda a aplicação cumulativa da pena de multa.¹⁵⁵

Estas propostas político-criminais para a prevenção do delito e conseqüente proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade, através da inocuidade dos delinquentes incorrigíveis e correção daqueles necessitados de correção, foram especialmente realizadas pelo autor com base na análise dos resultados trazidos pelas estatísticas criminais, segundo os crimes cometidos com maior frequência no seio da sociedade.

Portanto, para Franz von Liszt, a finalidade da pena é eminentemente preventiva. A retribuição deve ocorrer de acordo com o desequilíbrio que a prática criminosa ocasionou às forças do Estado, ou seja, de acordo com a insegurança jurídica produzida. A quantidade de pena deve ser calculada não com base no tipo de crime que se quer evitar, mas sim com

¹⁵³ LISZT, Franz von. *La idea del fin...*, cit., p. 87.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 89.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 90.

fundamento no tipo de criminoso que se quer punir. Sob esta ótica, a pena de prevenção não passa de uma retribuição concebida de forma correta, até mesmo porque repressão e prevenção não são princípios opostos. A pena é prevenção por meio da repressão, ou repressão por meio da prevenção.¹⁵⁶

O agente deve expiar conforme a sua culpa. Entretanto, ao contrário dos defensores da teoria retributiva, para o autor, a gravidade da culpa deve ser determinada pela vontade individual do agente contra a ordem jurídica, verificada pelo seu grau de revolta, e não pelo resultado material do fato. O grau de revolta do agente, por sua vez, deve ser verificado pelo próprio fato manifestado, ou seja, pela conduta por ele praticada. Isso ocasiona uma enorme diferença na culpabilidade jurídica, pois a revolta da vontade individual contra o direito pode ser de vários graus, quais sejam, por princípio, por estado transitório, em virtude da natureza inata ou adquirida do delinquente, por desvio excepcional ou episódico, dentre outros.¹⁵⁷

Franz von Liszt defende que a finalidade preventiva da pena pode ser alcançada apenas com a utilização do método das ciências sociais, no que ele denomina de “estudo sistemático das massas”¹⁵⁸. Apenas por meio desta será possível analisar o crime como fenômeno social e a pena como função social.

Para ele, o crime deve ser estudado como um fenômeno ético-social, e a pena dotada de uma função social. Para tanto, rechaça a existência de disciplinas particulares, alheias à ciência do Direito Penal, tais como a antropologia, a psicologia ou a estatística criminais. A doutrina científica, a legislação e a jurisprudência dedicadas ao Direito Penal não são suficientes para abarcar a vida social em toda a sua amplitude. Busca, portanto, a integração do Direito Penal com referidas disciplinas tanto no campo teórico quanto no campo prático.¹⁵⁹

Para Franz von Liszt, o desenvolvimento do Direito Penal é possível apenas por meio da interdisciplinaridade entre as diferentes ciências, já que a doutrina científica, a

¹⁵⁶ LISZT, Franz von. *La idea del fin...*, cit., p. 92-93.

¹⁵⁷ Id. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 128.

¹⁵⁸ Id. *La idea del fin...*, cit., p. 79.

¹⁵⁹ Ibid., p. 95-96.

legislação e a jurisprudência a ele dedicadas, não são suficientes para a tarefa de enormes dimensões que lhes corresponde na vida social.¹⁶⁰

Foi a partir desta concepção que o autor elaborou a ideia da ciência global (ou conjunta) do Direito Penal, a qual compreendia três ciências autônomas: a ciência estrita do Direito Penal, ou dogmática jurídico-penal, entendida como o conjunto de princípios inerentes ao ordenamento jurídico-penal, organizados de forma dogmática e sistematizada; a criminologia, entendida como a ciência das causas do crime e da criminalidade; e a política criminal, entendida como a sistematização dos princípios fundados na investigação empírica das causas do crime e dos efeitos da pena, utilizados pelo Estado para prevenir e combater a criminalidade. Esta autonomia entre as diversas ciências era relativa, pois cada uma destas ciências era extremamente relevante para a aplicação do Direito Penal e, conseqüentemente, para a prevenção e controle da prática criminosa.¹⁶¹

Este pensamento refletiu-se no método que utilizou para abordar cada um dos objetos de seu estudo. A ciência jurídico-penal continha uma parte sistemática e outra parte prática. A dogmática penal era desenvolvida de acordo com o tecnicismo jurídico, a fim de assegurar a função liberal do Estado de Direito. O direito positivo era estudado totalmente livre de valorações externas. Já o método científico-naturalístico permanecia reservado ao estudo do delito e da pena como fenômenos empíricos, para a chamada “missão social do Direito Penal”, traduzida na luta contra o crime e contra o criminoso.¹⁶²

Esta abordagem totalmente inovadora da ciência penal fez com que tanto a parte sistemática quanto aquela prática apresentassem um grande desenvolvimento. Como resultado de sua preocupação com as liberdades individuais, tem-se a defesa da utilização do Direito Penal como *ultima ratio*, apenas nos casos de estrita necessidade – princípio da subsidiariedade –, e apenas quando fundamentado na proteção de bens jurídicos – princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos –, a qual adquire importância especial em sua teoria.¹⁶³

¹⁶⁰ LISZT, Franz von. *La idea del fin...*, p. 96.

¹⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 23-25.

¹⁶² MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases...*, cit., p. 200-201.

¹⁶³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 86.

Dentro da dogmática penal, cite-se a elaboração da teoria do delito com seus elementos: ação, tipicidade – por obra de Beling –, antijuridicidade e culpabilidade, totalmente delimitadas e integradas num mesmo nível lógico. Há de se observar, contudo, que estes elementos não eram explicativos, mas meramente descritivos. Não pretendiam esmiuçar a essência do delito, mas apenas descrever as suas características.¹⁶⁴

O conhecido sistema Liszt-Beling foi o primeiro a adotar o conceito de delito, que tinha por base um comportamento dominado pela vontade. A tipicidade era um acontecimento externo, descrito nas normas da Parte Especial do Código Penal, sem qualquer valoração. A antijuridicidade era a mera ação contrária às leis e ao direito. A culpabilidade era composta pelo dolo e pela culpa, e traduzia a relação entre o autor e o resultado. A gradação destes elementos influenciava diretamente na fixação da quantidade de pena.¹⁶⁵

Este sistema distinguia claramente o objetivo do subjetivo, o descritivo do normativo. O injusto representava a parte externa do crime, enquanto a culpabilidade representava a sua parte interna. A responsabilidade era produto do vínculo psicológico do agente com o resultado material.¹⁶⁶

A utilização consciente da pena como arma da ordem jurídica na luta contra o delinquentes não seria possível sem o estudo científico do crime como fenômeno interno ao criminoso e exterior material. Daí a importância da criminologia, dividida pelo autor em biologia ou antropologia criminal, responsável por descrever o crime como fenômeno produzido na vida do indivíduo; e em sociologia criminal, responsável por descrever o crime como fenômeno produzido na vida social. A biologia ou antropologia criminal estava dividida em dois ramos: a somatologia criminal, responsável pela anatomia e fisiologia do criminoso; e a psicologia criminal.¹⁶⁷

Franz von Liszt ressalta que o crime deve ser estudado não apenas em sua perspectiva individual, como o fez Cesare Lombroso, mas também na sua perspectiva

¹⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases...*, cit., p. 205.

¹⁶⁵ CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. Bases do direito penal no Estado Democrático de Direito. *Impulso*, Piracicaba, n. 20, v. 9, 1996. p. 81-94.

¹⁶⁶ Id., *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 25.

¹⁶⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 104-106.

social, pois o entende como fenômeno social-patológico. Todo crime resulta, portanto, do concurso de dois grupos de condições, a saber: a natureza individual do delinquente e as relações exteriores, sociais e econômicas que o cercam, de forma que as segundas prevalecem sobre as primeiras. O criminoso assim o seria apenas se o meio no qual ele vivia desde o nascimento possibilitasse o desenvolvimento de suas disposições inatas para delinquir.¹⁶⁸ Neste contexto, o conhecimento das circunstâncias externas era fundamental e imprescindível para que a pena alcançasse a sua finalidade de prevenção do crime e de proteção dos bens jurídicos.

A ideia de que o crime apresentava raízes na sociedade servia de proteção para os próprios exageros da teoria finalística da pena, porque retirava parte da culpa pela prática do crime dos ombros do criminoso, restando a ação repressiva do Estado. A prevenção do crime era muito mais importante do que a simples retribuição ao mal causado. Com isso, Franz von Liszt encontrou limite para os abusos do Estado na própria sociedade, sem nunca abandonar a ideia de prevenção.¹⁶⁹

Enquanto à política social competia suprimir ou limitar as condições sociais do crime, a política criminal devia tratar do delinquente individualmente considerado.¹⁷⁰ A política criminal exigia que a pena fosse adequada a sua finalidade. Como a finalidade eleita pelo autor foi a prevenção, seja ela geral ou especial, bem como a proteção de bens jurídicos, defende que o tipo e a quantidade de pena devem ser determinados de acordo com a natureza do delinquente, tudo com vistas a impedir que ele pratique novos crimes no futuro.¹⁷¹

Franz von Liszt afirma que tanto o Direito Penal quanto a política criminal são ciências dos juristas. Apenas por meio da união de ambas completa-se a ideia de ciência global do Direito Penal. Sem o perfeito conhecimento do direito vigente em todas

¹⁶⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 106-111.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 120. Neste sentido, a seguinte frase do autor: “A ideia finalística serve de limite e de proteção a si mesma: nunca há de parecer conveniente levar o meio além do fim”.

¹⁷⁰ Franz von Liszt chega a atribuir à política social um papel mais importante do que à própria política criminal para a prevenção do crime, ao afirmar que: “Em muito maior escala e de um modo muito mais seguro do que a pena e qualquer medida análoga, a política social atuará como meio para combater o crime, já que este, assim como o suicídio, a mortalidade das crianças e todos os outros fenômenos patológico-sociais, têm as suas mais profundas raízes nas relações do passado e do presente, cujas influências se exercem sobre as gerações sucessivas”. Cf. LISZT, Franz von. *op. cit.*, p. 111-112.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 113.

as suas ramificações e sem a completa posse da técnica da legislação, com o raciocínio lógico-jurídico que lhe é peculiar, a política criminal degenera-se desorientada num raciocínio estéril. Por outro lado, sem a política criminal, o Direito Penal perde-se em um formalismo infecundo e estranho à vida criminal, pois se distancia do crime como fato do mundo dos sentidos, dotado de enorme gravidade tanto para o indivíduo quanto para a sociedade mesma. O Direito Penal se esquece de que a pena não existe por si mesma, mas sim para a proteção dos bens jurídicos, que nada mais são do que os interesses humanos juridicamente protegidos.¹⁷²

Para o autor, “Sem uma ciência do direito penal voltada para a vida e ao mesmo tempo adstricta ao rigor das formas, a legislação penal converte-se em um jogo das opiniões do dia não apuradas, e a administração da justiça em um officio exercido com tédio”.¹⁷³

Pode-se afirmar que a principal contribuição de Franz von Liszt à ciência penal foi a aproximação da política criminal à dogmática penal. Muito embora defendesse que a dogmática deveria ser estudada pelo método tecnicista jurídico, livre, portanto, de qualquer valoração, acabou por admitir certa influência da realidade metajurídica, especialmente a realidade social, em sua construção. Não por outro motivo defendeu uma ciência integral para o estudo do delito, composta não apenas pelo Direito Penal, mas também pela política criminal e pela criminologia.

A célebre proposição de Franz von Liszt, de que o Direito Penal é a barreira inviolável da política criminal,¹⁷⁴ não pode ser interpretada como máxima do antagonismo entre a dogmática penal e a política criminal, até porque uma interpretação neste sentido vai de encontro a todo o seu pensamento. Ao mencionar o Direito Penal, o autor quer significar as garantias individuais na esfera penal, e não a dogmática penal. Sua correta interpretação é no seguinte sentido: a política criminal deve prosseguir influenciando na dogmática penal até se deparar com as garantias individuais. Estas devem restar sempre preservadas. Ou, melhor dizendo: os direitos individuais são o limite derradeiro da política criminal.

¹⁷² LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 105 (nota de rodapé).

¹⁷³ *Ibid.*, p. 105 (nota de rodapé).

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972. p. 15.

Este entendimento coaduna-se com aquele proposto por Jorge de Figueiredo Dias, ao analisar a proposição de Franz von Liszt. Para ele, a máxima assume o conteúdo de que, num Estado de Direito, o princípio da legalidade – *nullun crimen, nulla poena sine lege* – é a fronteira intransponível da punibilidade e, com ela, de todo o fenômeno criminal.¹⁷⁵

A segunda proposição de Franz von Liszt, de que o Direito Penal é a Magna Carta do criminoso,¹⁷⁶ vem apenas a reforçar o entendimento anterior. Não é acertado afirmar que a dogmática penal se estabeleça como garantia ao criminoso, especialmente se ela tem uma base tecnicista jurídica, que foi aquela adotada pelo autor. Um Direito Penal normativista pode aceitar qualquer direito positivado, desde que seja regularmente posto. Uma dogmática deste tipo não oferece qualquer garantia ao criminoso, pois não se vincula a qualquer tipo de valoração. Portanto, esta frase tem sentido apenas se, nela, o Direito Penal for entendido como aquele que proporciona as garantias individuais na esfera penal.

Não obstante, embora toda a importância que o autor concedeu à política criminal, a dogmática penal continuava a ocupar lugar de destaque e hierarquia no conjunto das ciências penais. A política criminal não detinha força para influenciar a compreensão, a sistematização e a aplicação das normas penais, cabendo-lhe apenas a função de, baseada nos conhecimentos empíricos da criminologia, dirigir recomendações diretivas para a reforma das leis penais pelo legislador. Não exercia, contudo, influência direta sobre a dogmática penal, pois deveria estar sempre subordinada a esta última.¹⁷⁷

Isso ocorria especialmente em virtude das críticas dirigidas ao autor pelo positivismo jurídico, segundo o qual o objeto do Direito Penal era composto somente pelas normas positivadas, sendo a inclusão de qualquer outra ciência que não a dogmática jurídico-penal uma desjuridificação do Direito Penal.¹⁷⁸

Para Franz von Liszt, como a dogmática apresentava a função primordial de assinalar o objeto de estudo da política criminal, ela ganhou posição de destaque dentro da

¹⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 28.

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema...*, cit., p. 15.

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 28-29.

¹⁷⁸ Ibid., p. 27.

ciência conjunta do Direito Penal, por ser a única competente para o encadeamento das normas jurídico-penais de forma sistemática.¹⁷⁹

Além disso, não obstante Franz von Liszt tenha sido o primeiro a defender a política criminal como fator de influência da dogmática penal, ele não explicitou como isso deveria acontecer. Nas palavras de Laura Zúñiga Rodríguez: “Talvez o que não fica claro no pensamento de von Liszt é como se realiza essa vinculação entre Direito Penal e Política Criminal, entre o método jurídico e o método empírico, entre valor e realidade”.¹⁸⁰

Em seu afã de equilibrar tendências que pareciam tão opostas, ele acabou diminuindo progressivamente, ao longo de toda a sua obra, a importância da dogmática, concentrando-se no método empírico.¹⁸¹

2.3 O finalismo de Hans Welzel

O finalismo adquiriu grande importância na Alemanha principalmente entre 1945 e 1960, e significou uma etapa importante no desenvolvimento do Direito Penal. Surgido no pós-guerra, procurou suplantar de uma vez por todas o tecnicismo jurídico típico do positivismo normativista, através da inserção de elementos valorativos na dogmática penal.¹⁸²

¹⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 28.

¹⁸⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 88. Tradução livre nossa. Texto original: “Quizás lo que no queda claro en el pensamiento de VON LISZT es cómo se realiza esa vinculación entre Derecho Penal y Política Criminal, entre el método jurídico y el método empírico, entre valor y realidad”.

¹⁸¹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases...*, cit., p. 203.

¹⁸² HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP – Escola Superior do Ministério Público, 2003. p. 10-20. Não obstante o objetivo da teoria da ação final de impor limites ao legislador, possibilitando a punição dos oficiais nazistas, o autor assevera que “a teoria finalista da ação (assim como na verdade toda a Dogmática penal dos inícios da República Federal da Alemanha, mas aqui mais acentuadamente) tem muito a ver com o ideário nazista”. Para ele: “Ainda que esteja totalmente excluído que a teoria finalista da ação tenha estimulado o nazismo ou engrossado o coro das escolas anti-liberais da era nazista, resta incontroverso que a acepção pessoal de ação e de anti-juridicidade, como cerne do pensamento penal finalístico, encontrava um correspondente contemporâneo, se bem que distorcido, no ‘direito penal da vontade’, elaborado pelo pensamento penal nazista”. Talvez por este motivo o finalismo tenha sido aceito na Alemanha do pós-guerra, pois os ideais nazistas não desapareceram do dia para a noite, de forma que a sociedade só conseguiu perceber os reais estragos provocados pelo nazismo muitos anos depois. Se o finalismo se apresentasse como corrente de forte oposição logo de início, provavelmente não teria sido aceito como corrente doutrinária a guiar os juízes nos elevados escalões do poder, para o julgamento dos militares nazistas.

O Direito Penal da Alemanha após a II Guerra Mundial deparou-se com um dilema aparentemente insolúvel. Os militares nazistas haviam procedido conforme o ordenamento jurídico vigente à época. À luz do tecnicismo jurídico, suas condutas eram legais, porque pautadas em normas formalmente postas pelo Estado. Não obstante, materialmente, este código normativo estava seriamente comprometido, porque frontalmente atentatório aos direitos e liberdades individuais. Assim, para punir os delatores e os algozes nazistas, era preciso um Direito Penal que assentasse as suas bases não no direito positivado, depreendido pelo método empírico, mas em postulados metafísicos.¹⁸³

Este foi o contexto que permitiu o surgimento do finalismo, o qual acabou por assentar suas bases nas estruturas lógico-objetivas do ser, ou seja, na chamada “natureza das coisas”. O dever ser não mais poderia ser produto da simples vontade do legislador. Deveria, sim, ter fundamento e limite nas estruturas lógico-objetivas, as quais fazem parte do ser.

Para Hans Welzel, criador da teoria da ação final, um dos pilares do finalismo, a missão da ciência penal é desenvolver e explicar o conteúdo das regras jurídico-penais sistematicamente, ou seja, de acordo com a sua conexão interna. Como ciência sistemática que é, deve estabelecer as bases para a administração de uma Justiça igualitária e justa, evitando, desta forma, arbitrariedades na aplicação da norma ao caso concreto. Não obstante o seu conteúdo sistemático, a ciência penal também apresenta um viés prático, servindo para a administração da Justiça, além de ser uma teoria sobre a atuação justa e injusta do homem, de forma a tocar os conceitos fundamentais da filosofia prática.¹⁸⁴

Hans Welzel afirma que o Direito Penal apresenta ainda uma função ético-social, consistente na proteção dos valores elementares da vida em comunidade. Ao prescrever e castigar condutas que demonstram a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica, ela revela a vigência inviolável de certos valores positivos do ato,

¹⁸³ HASSEMER, Winfried. *Três temas...*, cit., p. 19-20.

¹⁸⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 11 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 2.

atribuindo forma ao juízo ético-social dos cidadãos e fortalecendo a sua consciência de permanente fidelidade jurídica.¹⁸⁵

Ao acentuar o significado da realidade ontológica para o Direito Penal, o finalismo teve por fundamento duas estruturas diferentes e aparentemente contrapostas. Em um primeiro momento, Hans Welzel preocupou-se com o significativo mundo da vida social, ou seja, com a significação social da conduta típica. Nesta sua primeira fase, o autor criou a teoria da adequação social, possibilitando, ainda que de forma limitada, o desenvolvimento da tipicidade objetiva através da inserção de valores sociais, como a normalidade ou anormalidade da conduta no seio da sociedade.¹⁸⁶

Posteriormente, contudo, Hans Welzel desviou sua atenção para a ação final, elegendo-a como estrutura lógico-objetiva fundamental do Direito Penal.¹⁸⁷ A ação final traduzia a capacidade específica do homem de prever, com base na causalidade, as consequências de sua atividade, dirigindo-a para a consecução de objetivos diversos, anteriormente previstos por ele. Aqui, a ação foi entendida por Hans Welzel como uma estrutura ontológica e pré-jurídica, anterior a todo e qualquer direito positivado, vinculando até mesmo o legislador.¹⁸⁸

O desenvolvimento da teoria da ação final, a par de trazer resultados muito importantes no campo da tipicidade penal subjetiva, acabou por relegar a teoria da adequação social a um segundo plano, a qual passou a ser entendida como simples critério de interpretação dos tipos penais.

¹⁸⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman...*, p. 2-3.

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 65, v. 15, mar./abr. 2007. p. 11.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 55-56.

2.3.1 A teoria da ação final: inserção de limites ontológicos ao legislador penal

Hans Welzel foi o criador da teoria da ação final, gerando consequências incomensuráveis para toda a sistematização do Direito Penal, especialmente aquela de base finalista. Para ele, o conceito de ação devia ser o mesmo tanto para a dogmática penal quanto para as ciências naturais. A diferença era que as ciências naturais preocupavam-se em estudar a causalidade da ação, ou seja, a sua relação de causa e efeito, ao passo que a ciência jurídico-penal intentava estudá-la como a ação definida pela ideia de finalidade conforme um sentido, ou seja, pela consciência de sentido. Esta dupla possibilidade de entendimento do que era a ação não provinha do método empregado para o seu estudo, mas sim do próprio objeto. A ação apresentava uma vertente causal, depreendida pelo empirismo, e uma vertente valorativa, depreendida pelo direito.¹⁸⁹

Ao tratar sobre a significação da teoria da ação final, Hans Welzel afirmou que: “[...] ela não tem a ambição de definir um conceito de ação válido e exaustivo para todos os campos da vida; lhe basta encontrar o substrato material (pré-jurídico) pelo qual une ao ordenamento jurídico seus predicados de valor”.¹⁹⁰

Hans Welzel afirma que a ação humana é o exercício de uma atividade final, e não puramente causal. Graças ao seu prévio conhecimento causal, é possível ao homem, dentro de certos limites, prever as consequências de suas condutas, designando-lhe fins diversos e dirigindo a sua atividade para a execução destes fins, conforme um plano determinado. Este é o fundamento da finalidade, a qual atribui caráter final à ação.¹⁹¹

Partindo desta premissa, o autor defende que a atividade final é aquela dirigida conscientemente a um fim. No outro extremo, o acontecer causal não está dirigido a nenhum fim, sendo apenas o resultado do conjunto de causas existentes em cada momento. A espinha dorsal da ação finalista é a vontade, a qual tem a característica de ser consciente

¹⁸⁹ HASSEMER, Winfried. *Três temas...*, cit., p. 232.

¹⁹⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, cit., p. 49. Tradução livre nossa. Texto original: “[...] ella no tiene la ambición de definir un concepto de acción válido y exhaustivo para todos los campos da vida; le basta con encontrar el sustrato material (prejurídico) al cual enlaza el ordenamiento jurídico sus predicados de valor”.

¹⁹¹ Id. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 27.

do fim e reitora do acontecer final. O autor afirma que a vontade “[...] é o fator de direção que configura o suceder causal externo e o converte, portanto, em uma ação dirigida finalisticamente; sem ela, ficaria destruída a ação em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego”.¹⁹² Desta forma, a vontade é um elemento essencial da ação, posto que configura objetivamente a conduta ao acontecer final, de acordo com o fim inicialmente proposto.¹⁹³

Para o autor, a direção final da ação realiza-se em duas fases, quais sejam, aquela que transcorre completamente na esfera do pensamento e aquela que ocorre no mundo real. Na primeira fase, o agente percorre três etapas: a) a proposição do fim que se quer realizar; b) a seleção dos meios necessários para a sua realização; e c) a consideração dos efeitos concomitantes, que se encontram unidos aos fatores causais escolhidos para a consecução do fim.¹⁹⁴

Na segunda fase, o agente realiza a sua ação no mundo real, selecionando os meios e considerando os efeitos concomitantes de acordo com a antecipação mental do fim por ele mesmo eleito. Disso decorre que todos os efeitos concomitantes não compreendidos diretamente na vontade final de realização – seja porque o autor não havia pensado neles, ou porque havia confiado que eles não se produzissem –, realizam-se de forma puramente causal.¹⁹⁵

Hans Welzel destaca que a finalidade não deve ser confundida com a mera voluntariedade. A voluntariedade indica que um movimento corporal e as suas consequências podem ser conduzidos por um ato voluntário, independentemente das consequências que o autor queira produzir. A finalidade, por sua vez, pressupõe as

¹⁹² WELZEL, Hans. *O novo sistema...*, cit., p. 28.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 27-28.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 28-30.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 28-30. Neste mesmo sentido, WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, cit., p. 42, no qual o autor explica que isso ocorre pois os efeitos produzidos pela ação são conhecidos pelo agente apenas de forma fragmentária e incerta, de modo a ser impossível o cálculo de todas as consequências produzidas por determinada conduta. Se o autor tivesse sempre que contar com a produção de todas as consequências possíveis, conhecidas e desconhecidas por ele, permaneceria impossibilitado de atuar.

consequências desejadas pelo autor com o ato voluntário, dotando-lhe de sentido e conteúdo.¹⁹⁶

Desta forma, não existem ações finais em si mesmas consideradas, mas tão somente em relação às consequências compreendidas pela vontade de realização. Além disso, é indiferente, para o sentido da ação final, que a consequência decorra do fim desejado, do meio utilizado ou do efeito concomitante. Basta que esta consequência tenha sido produzida voluntariamente, e que seja determinada objetivamente pela finalidade do agente.¹⁹⁷

Uma ação final de matar existe não apenas quando a morte é a meta da atividade da vontade, mas também quando constitui o meio para um fim posterior, por exemplo, para herdar a herança da vítima, ou quando a morte significa a consequência concomitante incorporada a uma outra vontade de realização, como a conduta do agente que provoca o naufrágio de um navio, com a consequente morte de seus tripulantes, para receber fraudulentamente o valor do seguro. É por isso que a ação final tem caráter múltiplo, ou seja, caráter de ação múltipla.¹⁹⁸

Hans Welzel defende que o fim da ação é a base de sustentação do próprio Direito Penal, pois este só pode impor ordens e proibição aos homens por saber que estes são capazes de executar ações com consciência do fim. Uma determinada norma penal que proibisse os animais de manterem relações sexuais entre si, ou que proibisse a ocorrência de chuvas pela manhã, não surtiria qualquer efeito, uma vez que os seus destinatários – os animais e a natureza – não são dotados da capacidade de agir conforme um fim previamente eleito, sendo, portanto, impulsionados por meros fatores causais¹⁹⁹. Daí a

¹⁹⁶ WELZEL, Hans. *O novo sistema...*, cit., p. 30. É possível afirmar, na linha welzeniana, que a finalidade pressupõe necessariamente a voluntariedade, mas o contrário não é verdadeiro. Isso pode ser demonstrado pela seguinte passagem, constante na mesma obra e página mencionadas: “À finalidade é essencial a referência a determinadas consequências desejadas, sem ela resta apenas a voluntariedade, que é incapaz de caracterizar uma ação de um *conteúdo* determinado”.

¹⁹⁷ Ibid. cit., p. 31.

¹⁹⁸ Id. *Derecho penal...*, cit., p. 43.

¹⁹⁹ Hans Welzel relata que o mesmo ocorre quando o homem se encontra impossibilitado de dominar seus movimentos corporais através de um simples ato de vontade, seja por agir de forma mecânica, como em um desmaio repentino, seja por executar movimentos reflexos, como acontece nas câibras. Defende que, nestes casos, o agente deve receber “medidas sociais preventivas”, e não a imposição de pena, já que seus movimentos corporais restam excluídos da esfera de Direito Penal. Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, cit., p. 38.

importância da atividade final humana para todo o Direito Penal, pois a ela incumbe a missão de estabelecer o âmbito da norma jurídico-penal.²⁰⁰

Em oposição aos causalistas²⁰¹, o autor coloca que o principal defeito da ação causal é o seu desconhecimento sobre a função absolutamente constitutiva da vontade como fator de direção da ação. Isso acaba por convertê-la em um mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer, invertendo completamente a relação entre a vontade e a ação. Um exemplo desta verdadeira inversão de papéis encontra-se na tentativa: esta não se constitui num mero processo causal sem efeito, mas, antes, numa ação que se dirige para um resultado previamente eleito, não ocorrendo por circunstâncias alheias à vontade do agente. Portanto, o elemento constitutivo da tentativa é o conteúdo da vontade, ou seja, o fim da ação, e não a vontade pura e simples.²⁰²

Ao definir a ação como um ato voluntário com um processo causal subsequente, o autor afirma que a doutrina da ação causal não é suscetível de delimitação, posto que as consequências causais de um ato voluntário são, a princípio, ilimitadas. Levando-se o causalismo ao extremo, a mãe que desse a luz a um homicida deveria responder pelo homicídio praticado pelo filho, pois contribuiu, como causa, para a produção do resultado lesivo. Assim, apenas mediante a referência final a um determinado resultado quisto é possível definir o que seja uma ação de matar, de furtar, de enganar, dentre inúmeras outras.²⁰³

Hans Welzel conclui que o objeto das normas penais pode ser apenas a conduta humana, ou seja, “[...] a atividade ou passividade corporal do homem submetida à capacidade de direção final da vontade”²⁰⁴, lembrando que a conduta envolve tanto a ação quanto a omissão. A estrutura final do ser humano faz parte da própria constituição das

²⁰⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, cit., p. 38.

²⁰¹ Para os causalistas, a ação era o mero processo causal desencadeado pela vontade no mundo exterior, sem qualquer consideração, por parte do agente, do que ele efetivamente queria com a prática do ato, ou do que ele poderia prever. A ação era todo movimento corporal causado por um ato voluntário, entendendo-o como a conduta que estivesse motivada por representações, livre de qualquer força mecânica ou fisiológica. Dividia-se, desta forma, em duas partes constitutivas diferentes, quais sejam, o processo causal externo, ou objetivo; e o conteúdo da vontade, ou subjetivo. Hans Welzel afirma que esta concepção é prejudicial ao Direito Penal, porque faz com que o conteúdo da vontade seja irrelevante para a ação, sendo considerado apenas como conteúdo da culpabilidade. Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, cit., p. 46-47.

²⁰² Id. *O novo sistema...*, cit., p. 35.

²⁰³ Ibid., p. 36.

²⁰⁴ Id. *Derecho penal...*, cit., p. 38. Tradução livre nossa. Texto original: “[...] la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad”.

normas de Direito Penal. As normas jurídicas não podem ser dirigidas a procedimentos causais cegos, mas apenas às ações finais.²⁰⁵

O autor defende que esta possibilidade de delimitação dos fatores causais a partir de um conteúdo determinado pela finalidade da ação faz com que ela atinja um conceito social, ou seja, uma referência à sociedade da qual o agente faz parte. Desde as suas origens, o finalismo compreendeu a ação como fenômeno social.²⁰⁶ O sentido social de uma ação encontra-se determinado não apenas pelo seu resultado danoso, mas também pela vontade final do autor, ou seja, pela direção e vontade que ele imprimiu à ação.²⁰⁷

Para Hans Welzel, o sentido social da ação pode ser percebido principalmente nos tipos penais. Ao apresentar uma verdadeira amostra da conduta proibida, resta evidente que as formas de conduta selecionadas apresentam um caráter social, pois sempre têm como ponto de referência a vida social, por se mostrarem inadequadas a uma vida social ordenada. Aliás, a natureza social e histórica do Direito Penal resta evidenciada nos tipos penais, já que eles significam uma infração grave da ordem histórica da vida social.²⁰⁸

Hans Welzel afirma que os equívocos da doutrina da ação causal apresentam importantes consequências na teoria do delito. A primeira delas é a alocação do dolo na culpabilidade, por desconhecer que o dolo nada mais é do que a vontade final de realização das circunstâncias de fato de um tipo legal, devendo, portanto, integrar a ação típica. A segunda consequência é a ignorância de que o objeto da antijuridicidade não é o mero processo causal externo, com destaque para a lesão ao bem jurídico, mas todo o fato, integrado por elementos objetivos e subjetivos. A terceira consequência é o desconhecimento de que a parte essencial do fato culposo, para o Direito Penal, não consiste no desvalor do resultado, mas no desvalor da ação, de forma que o resultado apresenta o sentido de um elemento adicional e restritivo do injusto.²⁰⁹

Para o autor, ao conceber a ação humana como uma obra, a doutrina da ação final pode compreender os dois aspectos da ação, consubstanciados no ato e no resultado, este

²⁰⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, cit., p. 44.

²⁰⁶ Id. *O novo sistema...*, cit., p. 36.

²⁰⁷ Ibid., p. 42-43.

²⁰⁸ Ibid., p. 58.

²⁰⁹ Ibid., p. 36-37.

último entendido como o valor ou o desvalor da ação ou do resultado. Ao contrário, a doutrina da ação causal pode explicar somente a causação do resultado, mas não a execução da ação.²¹⁰

Com o conceito final de ação, a teoria finalista pretendeu enfrentar os dois pontos que assolavam de inutilidade o conceito de ação, quais sejam: a sua vinculação à lei penal e a sua esterilidade prática. Por ser ontológica e assente sobre as estruturas do ser, prévia, portanto, ao direito positivado, a ação encontrava-se livre do direito posto. Ao contrário, acabava por vincular o legislador, à medida que o obrigava à observância das estruturas lógico-objetivas, quando do objeto de sua regulação. E, ao assim proceder, fazia com que referido conceito fosse válido não apenas ao Direito Penal, mas também a todos os outros ramos do direito.²¹¹

Para o finalismo, com o conceito final de ação foi elaborado não apenas para complementar o conceito causal, mas para superá-lo. Para tanto, não podia firmar-se na simples estrutura lógico-objetiva do ser, independente de qualquer relação com o direito, uma vez que tais pressupostos já eram realizados pela causalidade. Deveria pensar de outra forma, inserindo na causalidade livre de sentido, depreendida pelo método das ciências naturais, típica da escola positivista jurídica, o conceito de uma ação final valorada, concreta, que exprimisse os conteúdos de sentido jurídico-sociais. Daí a ideia da finalidade para efeitos de valoração, desde que identificada com o dolo e entendida como fator constitutivo da ação típica.²¹²

O conceito final de ação foi o fundamento para a mudança de todos os demais elementos do crime. Hans Welzel afirmou que a teoria da ação não podia tornar supérfluos os demais elementos categoriais do crime – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Ao

²¹⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema...*, cit., p. 44.

²¹¹ ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1998. p. 94-95.

²¹² Neste sentido, a seguinte passagem: “El concepto causal no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser. Tampoco es una mera vinculación lógica y menos una simplemente «ideal» de diversos acontecimientos, sino la conexión regular en la sucesión del acontecer real, no perceptible, es cierto, pero sí posible de ser captada por el pensamiento y por ello, como tal, tan real como el acontecer mismo. El derecho tiene que partir también de este concepto causal «ontológico»; no existe una causalidad jurídica especial (no todos los cursos causales, eso sí, son también jurídicamente relevantes)”. Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, cit., p. 51.

contrário, era sua função conduzir o estudo jurídico-penal até estes elementos, unindo-os às noções de valor e de juízo.²¹³

O tipo não mais poderia permanecer reduzido à mera descrição de um processo causal-objetivo, inerente ao mundo exterior, devendo também abarcar a estrutura final da ação humana, que se converteu em elemento específico da tipicidade. Daí a divisão da tipicidade naquela objetiva, referente à descrição causal-objetiva, e subjetiva, relativa à finalidade da conduta do agente. E, como a finalidade pressupõe o dolo, que é a vontade da orientação da conduta para a obtenção do fim almejado, este teve que ser transportado da culpabilidade para o tipo penal. Tanto o dolo quanto a culpa passaram a ser analisados já no momento da tipicidade, caracterizando o tipo subjetivo.²¹⁴

Os crimes culposos foram entendidos em seu conceito normativo, como o atuar em desacordo com uma finalidade possível, dirigida à conservação do bem jurídico. O tipo culposo, proveniente do sistema naturalista, que abarcava apenas a realização do resultado, foi ampliado com a violação do dever de cuidado, traduzido na não realização do cuidado requerido. A reprovabilidade individual do autor, até então fundamentada no resultado lesivo, passou a decorrer da dissonância entre a sua conduta e a capacidade pessoal de cuidado.²¹⁵

A migração do dolo e da culpa para a tipicidade produziu profundas mudanças também na culpabilidade, que se despojou de sua roupagem eminentemente psicológica, adquirindo um caráter mais normativo. A partir de então, ela foi entendida como o conhecimento potencial da ilicitude, possibilitando um estabelecimento muito mais claro dos pressupostos de reprovabilidade.²¹⁶

Para Claus Roxin, o finalismo contribuiu de forma decisiva para o aperfeiçoamento do Direito Penal. Seus principais méritos foram a descoberta do desvalor da ação como elemento constitutivo do injusto penal; a delimitação da culpabilidade e de outros

²¹³ WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, cit., p. 49.

²¹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento...*, cit., p. 55-56.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 55-56.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 55-56.

pressupostos da responsabilidade penal; e a concepção adequada dos diversos tipos de delito.²¹⁷

A importância da teoria da ação final e, com ela, também do finalismo, deve-se, em grande parte, à procura de limites ao legislador penal por meio das estruturas lógico-objetivas, as quais se encontram no campo do ser, sendo por isso mesmo denominadas “ontológicas”. Neste sentido, o finalismo de Hans Welzel foi extremamente importante por delinear o conceito de crime de forma racional, sob elementos que se encontram além da norma jurídica, servindo de fundamento para a crítica e para o controle das leis penais positivadas.²¹⁸

2.3.2 A teoria da adequação social como precursora da teoria da imputação objetiva

Com a teoria da ação final, Hans Welzel deu o mais importante passo, dentro da perspectiva finalista, para o aperfeiçoamento do dogma causal-naturalista, ao inserir limites ontológicos ao legislador penal, em muito aperfeiçoando a tipicidade penal subjetiva. Não obstante, na fase inicial de seus estudos, o autor desenvolveu a teoria da adequação social, contribuindo, ainda que de forma limitada, para o desenvolvimento da tipicidade penal objetiva, ao considerar o valor da conduta com referência ao seu contexto histórico-social.

Para Hans Welzel, além de apresentar uma “amostra” da conduta proibida, os tipos penais também denotam um caráter social, pois se referem à vida social constantemente ordenada. Nos tipos penais destaca-se tanto a natureza social quanto a natureza histórica do Direito Penal, posto que eles prescrevem condutas que constituem graves infrações da ordem histórica da vida em sociedade.²¹⁹

As ações socialmente adequadas podem ser entendidas como aquelas atividades que se encontram completamente na ordem ético-social normal, historicamente gerada pelos

²¹⁷ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. São Paulo: Renovar, 2006. p. 59-61.

²¹⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 97.

²¹⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema...*, cit., p. 58.

membros da comunidade. Correspondem a todas aquelas atividades consideradas normais, por estarem completamente jungidas à vida social.²²⁰

Esta dimensão histórico-social dos tipos penais repercute de forma extremamente positiva em sua interpretação, à medida que permite retirar do âmbito de proteção da norma aquelas condutas que deram causa ao resultado lesivo, mas que são socialmente adequadas. Pela teoria da adequação social, a mãe que dá a luz a um homicida não mais pode ser imputada pelos crimes por ele praticados, pois, muito embora tenha, de forma indireta, sido causa do resultado lesivo, qual seja, o homicídio, a sua conduta é adequada socialmente.²²¹

A gravidez em si mesma considerada, desde que não suponha uma infração da ordem das relações sexuais pelas circunstâncias nas quais é procedida, como a gravidez resultante de um estupro, por exemplo, é completamente adequada à ordem social e histórica como fato comum da vida. A gravidez será socialmente adequada ainda quando seja realizada em uma mulher com a saúde extremamente debilitada, com a intenção de ocasionar a sua morte, por meio do agravamento da enfermidade como consequência da sua gestação, pois, não obstante o fim da conduta do agente, a ação continua pertencendo ao regular desenvolvimento da sociedade.²²²

O mesmo ocorre em relação à conduta do sobrinho que, querendo herdar a fortuna de seu tio, incentiva-o a utilizar com frequência os meios de transporte, como o transporte aéreo, a fim de que morra num acidente havido durante a viagem. Se este acidente vem efetivamente a ocorrer, o sobrinho não poderá ser responsabilizado pela morte do tio, pois a conduta de viajar de avião, ou de se utilizar os outros meios de transporte, é socialmente adequada.²²³

O ato de servir bebidas alcoólicas é uma conduta socialmente adequada, ou seja, comum no seio social, apesar dos perigos que o consumo de álcool causa à capacidade de direção no tráfego motorizado. O abandono da vida conjugal é um ato socialmente

²²⁰ HIRSCH, Hans Joachim. Adecuación social y teoría del injusto. In: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal: obras completas*. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni, 2002. v. 3. p. 10-11.

²²¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema...*, cit., p. 58.

²²² *Ibid.*, p. 59.

²²³ *Ibid.*, p. 59.

adequado, que se encontra dentro dos limites da liberdade de atuação social, ainda que esta conduta gere o perigo, conhecido pelo cônjuge, de que o outro venha a se suicidar.²²⁴

Para Hans Welzel, as condutas socialmente adequadas não necessitam ser exemplares. Basta que se mantenham dentro dos limites da liberdade de atuação social, ou seja, daquilo que é tido “comum”, ou “normal”, pela sociedade. Neste sentido, o autor afirma que:

A adequação social é de certo modo uma espécie de pauta para os tipos penais: representa o âmbito ‘normal’ da liberdade de atuação social, que lhes serve de base e é considerada (tacitamente) por eles. Por isso ficam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, ainda que possam ser a eles subsumidas – segundo seu conteúdo literal.²²⁵

O autor já advertia que a determinação dos limites da adequação social não era tarefa das mais fáceis, ante a dificuldade de definir o que é “normal” ou “comum” dentro de determinada sociedade.²²⁶ Manuel Cancio Meliá ressalta que o próprio Hans Welzel mudou o seu entendimento inicial, de forma que a teoria da adequação social passou por três fases distintas, a saber: a) primeira fase, na qual a ação socialmente adequada exclui a tipicidade, entendendo-se as ações típicas como aquelas que vão contra o contexto social, ou seja, contra os valores ético-sociais; b) segunda fase, na qual a ação socialmente adequada é considerada pelo autor como resultado da incidência de uma causa de justificação consuetudinária²²⁷; e c) terceira fase, na qual a ação socialmente adequada volta a excluir o tipo penal, principalmente após o estudo dos tipos penais abertos, procedido pelo autor.²²⁸

O que distingue a adequação social das causas de justificação é exatamente este âmbito normal da liberdade de atuação social. Assim como a adequação social, as

²²⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema...*, cit., p. 60.

²²⁵ *Ibid.*, p. 60.

²²⁶ *Ibid.*, p. 60.

²²⁷ Hans Joachim Hirsch afirma que a retirada da adequação social do plano da tipicidade, e sua consequente re-alocação no plano da antijuridicidade, faz com que esta teoria entre em conflito com o conceito de tipo. Se nele restam incluídas apenas as ações que se afastam gravemente das ordens da vida social, então não se pode afirmar que a ação socialmente adequada seja típica, sendo excluída na esfera da antijuridicidade, pois isso seria um verdadeiro contra-senso. Cf. HIRSCH, Hans Joachim. *Adecuación social...*, cit., p. 12.

²²⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 46, v. 1, ene./abr. 1993, p. 701. O próprio Hans Welzel assinala que chegou a incluir a teoria da adequação social entre as causas de justificação, entendendo-a como uma verdadeira causa de justificação do direito consuetudinário, concebendo-a, posteriormente, como instituto excludente do próprio tipo penal. Cf. WELZEL, Hans. op. cit., p. 61.

justificantes também apresentam uma liberdade de ação, mas esta liberdade é de natureza especial, concedida por meio de uma autorização específica para realizar as ações típicas. Disso decorre que a conduta justificada é socialmente inadequada, sendo, por isso mesmo, típica.²²⁹

Manuel Cancio Meliá ressalta que, embora Hans Welzel, na terceira fase, tenha voltado ao entendimento de que a adequação social exclui a tipicidade, esta exclusão não mais aparece com fundamento no valor ético-social da ação em seu contexto, mas sim como mero princípio de interpretação geral das normas jurídicas. A liberdade de atuação social é encontrada na base dos tipos penais de forma quase tácita e mecânica.²³⁰

De acordo com este ponto de vista, Hans Welzel havia reconhecido, na primeira fase de sua teoria, dois pilares do conceito de ação, quais sejam, o seu aspecto final, elaborando a teoria da ação final, e o seu aspecto relativo à sociedade, a partir da teoria da adequação social. Com isso, colocou referida teoria num papel absolutamente equivalente àquele da finalidade. Somente após a evolução do finalismo a ação adquiriu um conceito puramente ontológico.²³¹

Neste momento, é de se perguntar se a teoria da adequação social, especialmente em sua primeira fase, quando elaborada por Hans Welzel, não seria o primeiro gérmen da teoria da imputação objetiva, proposta no âmbito do Direito Penal por Richard Honig em 1930, e desenvolvida amplamente por Claus Roxin a partir dos anos 70, uma vez que os pressupostos de ambas as teorias são bastante semelhantes.²³²

Tanto a teoria da imputação objetiva quanto a teoria da adequação social partem do pressuposto da significação social da conduta para a exclusão da adequação típica. Consideram a existência de condutas que, formalmente, se amoldariam ao tipo penal, mas

²²⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema...*, cit., p. 61. Hans Joachim Hirsch reforça a posição de Hans Welzel, ao assinalar que a adequação social constitui exclusivamente um problema da tipicidade. Afirma que o objetivo da teoria da adequação social é o de excluir, desde a origem, as atividades completamente normais do ponto de vista social, o que é distinto da permissão jurídica excepcional proposta pelas causas de justificação, podendo, desta forma, ser realizada apenas no terreno da tipicidade. Cf. HIRSCH, Hans Joachim. *Adecuación social...*, cit., p. 19.

²³⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoría de la adecuación social...*, cit., p. 701-702.

²³¹ SACHER, Mariana. *¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel?* In: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONA, Edgardo Alberto (Dir.). *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 579.

²³² CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva...*, cit., p. 63-64.

que, materialmente, são permitidas ou até mesmo incentivadas pela sociedade. Não obstante, enquanto a teoria da imputação objetiva trabalha com a ideia do risco permitido, a teoria da adequação social trabalha com a normalidade da conduta na sociedade, ou seja, com os limites da liberdade de ação previstos no seio social.²³³

Manuel Cancio Meliá dedicou-se ao tema já em 1992²³⁴. Também ele indagou sobre se a teoria da adequação social de Hans Welzel teria realizado os “trabalhos preparatórios” para a normativização do tipo objetivo que culminou com a imputação objetiva, ou se ela compõe apenas uma solução improvisada pelo autor para deixar de lado o assunto, ocupando-se estritamente com o elemento subjetivo do injusto típico.²³⁵

Para responder a esta indagação, parte de dois postulados básicos da teoria da imputação objetiva, quais sejam: a) o resultado danoso pode ser imputado ao agente, passando a ser típico, apenas quando a ação geradora do perigo ultrapassa o risco permitido pelas relações sociais; e b) o risco não permitido deve realizar-se no resultado danoso, ao menos na modalidade delitiva predominante, que são os crimes de resultado, ou materiais. O tipo penal objetivo contém uma descrição normativa de seu conteúdo, a qual vai muito além da mera descrição de um determinado comportamento ou resultado, abrangendo um comportamento proibido ou reprovado pela sociedade.²³⁶

O risco proibido encontra-se inserido na própria tipicidade penal, de modo a serem típicas apenas aquelas condutas que gerem um risco acima daquele esperado e previsto

²³³ Tem-se, contudo, que a teoria da imputação objetiva é mais eficiente para resolver determinados casos de imputação. Neste sentido, citem-se as ações socialmente inadequadas que, contudo, são incapazes de elevar o risco da produção do resultado lesivo acima daquele permitido ou tolerado pela sociedade. Nelas, a atribuição, pela teoria da adequação social, do resultado lesivo ao agente apresenta-se desnecessária e desproporcional. Além disso, a teoria da adequação social encontra dificuldades para imputar os agentes pela prática de resultados tardios, como ocorre na morte provocada pela infecção do vírus da AIDS. Estas e outras dificuldades são agravadas pela indeterminação do que é socialmente adequado e do que é socialmente inadequado. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, cit., p. 362.

²³⁴ Este tema foi abordado em palestra apresentada pelo autor em dezembro 1992, no seminário do Prof. Günther Jakobs (universidade de Bonn), conforme relatado pelo autor em seu artigo. Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoría de la adecuación social...*, cit., p. 697 (rodapé). O próprio Günther Jakobs também se dedicou ao tema em 1992, em texto publicado em versão castelhana em 1997, intitulado *Estudios de Derecho Penal*, no qual afirmou que as investigações de Hans Welzel sobre a adequação social seriam um trabalho preparatório para a atual teoria da imputação objetiva.

²³⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoría de la adecuación social...*, cit., p. 707.

²³⁶ *Ibid.*, p. 709.

pela sociedade. As condutas que produzem um risco socialmente permitido não são típicas, muito embora estejam, formalmente, amoldadas ao tipo penal.²³⁷

Manuel Cancio Meliá afirma que, de forma semelhante, ao menos na concepção originária da teoria, Hans Welzel concebeu a inadequação social como verdadeiro elemento do injusto típico. Ao reconhecer que a essência da ação humana se encontra na sua finalidade, ele pressupõe que a ação deve ter um sentido prejudicial ou inadequado não apenas em relação àquele que pratica a conduta, mas também em relação a toda a sociedade. Disso decorre a importância do valor ético-social da ação como fenômeno socialmente relevante, fazendo com que ela não decorra somente de esquemas fáticos, mas sim de conteúdos normativos e sistemáticos. Estes conteúdos não são simples critérios de interpretação, como defende Hans Joachim Hirsch, mas elementos que pertencem, verdadeiramente, ao tipo penal.²³⁸

Para Hans Joachim Hirsch, a teoria da adequação social foi criada para atestar que nem todas as condutas geradoras de um resultado lesivo, previsto no tipo penal, são típicas. Para atingir a tipicidade, é necessário que estas condutas contrariem a ordem ético-social vigente, mostrando-se socialmente inadequadas, ou seja, anormais. Afirma que esta posição é compatível com o intento finalista de considerar, no âmbito do tipo penal, o desvalor da ação para além do desvalor do resultado, a fim de evitar a adequação típica a partir da mera verificação causal do resultado lesivo.²³⁹

Embora este objetivo tenha sido conquistado no momento atual, especialmente após o posterior desenvolvimento da teoria pessoal do injusto, o autor ressalta que, atualmente, a teoria da adequação social deve ser considerada como critério geral de interpretação para alguns elementos típicos, posto que já cumpriu a sua tarefa, sendo prescindível no atual estágio de desenvolvimento da dogmática jurídico-penal.²⁴⁰ Outros institutos do Direito Penal, tais como o domínio do fato e a teoria da imputação objetiva, além das demais causas de justificação, são capazes de resolver os casos que exigiam a aplicação da

²³⁷ Sobre a teoria da imputação objetiva e seus reflexos no Direito Penal, veja-se: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

²³⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social..., cit., p. 714-715.

²³⁹ HIRSCH, Hans Joachim. Adecuación social..., cit., p. 74.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 73.

adequação social de forma mais eficaz e lógica, porque envolvem teorias mais complexas.²⁴¹

Além disso, Hans Joachim Hirsch tem dúvidas sobre se seria correto operar com um critério de interpretação tão genérico, como é o da teoria da adequação social. Se o que se deseja é conseguir uma delimitação precisa entre os âmbitos do jurídico-penalmente irrelevante e do típico, deve averiguar-se, de modo separado, para cada um dos tipos penais, quais são os critérios de interpretação determinantes conforme a *ratio legis* de disposição concreta, bem como a *ratio legis* individual.²⁴²

Para Manuel Cancio Meliá, com a teoria da adequação social, Hans Welzel fez referência ao conteúdo normativo-social do tipo, antecipando a normativização do tipo penal objetivo.²⁴³ A adequação social seria o resultado da consciência de que o direito posto se integra constantemente ao mundo formado historicamente, de forma que o Direito Penal deve se referir constantemente a este mundo, mesmo que de forma mediata.²⁴⁴

O autor ressalta o seguinte: “[...] pode partir-se, portanto, de que Hans Welzel era consciente de que as valorações sociais que existem faticamente não têm por que ser idênticas aos conteúdos normativos introduzidos nos tipos”,²⁴⁵ de forma que “[...] deve considerar-se que [Hans Welzel] se referia ao conteúdo normativo-social do tipo, àquele que vai mais além dos ‘meros nexos causais’”.²⁴⁶ A própria distinção, feita por Hans Welzel, entre a adequação social e as causas de justificação demonstra a sua inclinação a considerá-la como elemento de exclusão da tipicidade penal, e não como simples critério de interpretação do tipo.²⁴⁷

Manuel Cancio Meliá assevera que, não obstante o importante estudo de Hans Welzel sobre a teoria da adequação social como primeira iniciativa para o desenvolvimento

²⁴¹ HIRSCH, Hans Joachim. Adecuación social..., cit., p. 74-75.

²⁴² Ibid., p. 75-76.

²⁴³ SACHER, Mariana. ¿Rasgos normativos..., cit., p. 580-581.

²⁴⁴ Ibid., p. 582.

²⁴⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social..., cit., p. 715. Tradução livre nossa. Texto original: “[...] puede partirse, por tanto, de que Welzel era consciente de que las valoraciones sociales que existen fácticamente no tienen por qué ser idénticas con los contenidos normativos introducidos en los tipos”.

²⁴⁶ Ibid., p. 715. Tradução livre nossa. Texto original: “[...] debe considerarse que se refería al contenido normativo-social del tipo, a aquello que va más allá de los «meros nexos causales»”.

²⁴⁷ Ibid., p. 716.

da tipicidade penal objetiva, o que foi posteriormente conseguido com a teoria da imputação objetiva, o autor finalista acabou por atrofiar o instituto ao longo dos anos, de forma que a sua teoria inicial passou de categoria geral do tipo para simples causa de justificação consuetudinária geral e, posteriormente, como simples pauta de interpretação dos tipos penais culposos.²⁴⁸

Manuel Cancio Meliá critica a posição de Hans Joachim Hirsch, para o qual a teoria da adequação social é apenas um critério geral de interpretação do tipo penal, de utilidade em determinados casos problemáticos, carecendo de interesse por seu conteúdo vago. O autor ressalta que o erro de Hans Joachim Hirsch foi o de interpretar a adequação social não como uma verdadeira teoria, mas em seu sentido literal, terminando fatalmente por concluir que, atualmente, os casos resolvidos por meio da teoria da adequação social são resolvidos de modo mais apropriado por outras formas de imputação. Aceitar a posição de Hans Joachim Hirsch significaria considerar que, ao criar a adequação social, Hans Welzel teria ressaltado o aspecto óbvio de que, para averiguar a vontade da lei é preciso também considerar a realidade da vida.²⁴⁹

Manuel Cancio Meliá ressalta que é preciso contextualizar as considerações de Hans Welzel segundo o momento no qual foram tecidas. Hans Welzel pretendia derrubar a concepção causalista de que o injusto consistia na mera causação de um resultado desvalioso. A essência das ações humanas se encontrava na realização do sentido da ação, formulado por meio da vontade. Por outro lado, também é importante que esta ação seja concebida como um fenômeno socialmente relevante, ou seja, como uma ação no âmbito de vida social. Portanto, para Manuel Cancio Meliá, em sua concepção inicial, a teoria da adequação social de Hans Welzel vai mais além dos meros nexos causais, abrangendo todo o conteúdo normativo-social do tipo.²⁵⁰

Afirma que, num primeiro momento, Hans Welzel assumiu a posição de que a teoria da adequação social, por constituir verdadeiro critério de adequação típica, deveria vigor para todos os tipos penais, sobrepondo o prisma normativo (ou objetivo) do tipo ao seu prisma subjetivo. Posteriormente, contudo, abandonou a sua posição original, acabando

²⁴⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social..., cit., p. 723-724.

²⁴⁹ Ibid., p. 723-724.

²⁵⁰ Ibid., p. 148-149.

por firmar a finalidade como categoria ontológica fundamental para a grande parte dos tipos penais, reservando a adequação social aos tipos culposos. Uma vez abandonada a sua pretensão inicial de aperfeiçoar o conceito de ação por meio da teoria da adequação social, o elemento social teve que ser introduzido de forma clandestina como a expressão de sentido individual do agente.²⁵¹

Para Manuel Cancio Meliá, portanto, o finalismo não apenas pretendia somar a finalidade ao tipo objetivo típico do causalismo, mas também lhe atribuir o significado objetivo-social do comportamento, por meio da teoria da adequação social. Este era o pensamento de Hans Welzel ao criar a teoria da adequação social, em sua forma originária, mesmo que, em momento posterior, tenha rebaixado-a a critério geral de interpretação dos tipos penais, especialmente daqueles culposos.²⁵²

Não obstante as divergências nas concepções de Manuel Cancio Meliá e de Hans Joachim Hirsch, elas não apresentam naturezas eminentemente contrapostas. Afirmar que a teoria da adequação social possa ser substituída por critérios de interpretação mais precisos não significa desconhecer o caráter ético-social proposto pela referida teoria. Ao contrário, a significação social da conduta influencia de modo bastante firme na forma de imputação, uma vez que permite a eleição de outros critérios que não a causalidade pura, desvinculada de qualquer valoração. A teoria da imputação objetiva, por exemplo, também se apresenta como critério geral de imputação, mas aí não se esgota, pois, para que se conheçam os riscos proibidos pela sociedade, é necessário que se saiba sobre os valores sociais vigentes no momento da imputação, bem como a função a ser alcançada pelo Direito Penal.

Claus Roxin também assevera que o valor da teoria da adequação social como pauta hermenêutica de interpretação dos tipos penais foi substancialmente diminuído pela criação de meios interpretativos auxiliares mais precisos, de forma que os casos submetidos à teoria da adequação social são resolvidos de forma mais eficiente e racional

²⁵¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social..., cit., p. 728.

²⁵² Ibid., p. 728.

por meio de institutos como o risco permitido ou o princípio da insignificância.²⁵³ Também evita o perigo de decisões sem uma análise precisa do respectivo tipo penal, a partir de vagas representações ético-sociais, ou que se declarem atípicos abusos estendidos de forma geral e, por isso mesmo, comuns na sociedade.²⁵⁴

O autor defende que a solução correta para cada caso deve ser elaborada mediante uma interpretação restritiva orientada ao bem jurídico protegido pelo tipo penal. É por este motivo que uma parte das ações insignificantes são atípicas, sendo excluídas pelo próprio tipo legal.²⁵⁵

Para Claus Roxin, é possível afirmar que Hans Welzel criou a teoria da adequação social porque tanto o conceito causal quanto o final de ação não permitiam outras formas de restrição da responsabilidade, e as novas formas de imputação, como a teoria da imputação objetiva, ainda se encontravam em forma inicial, não podendo, deste modo, ser recebidas por ele.²⁵⁶

O autor também defende que a teoria da adequação social apresentou uma nova e importante perspectiva para a teoria do tipo, qual seja, a ideia de que uma conduta previamente aprovada pela sociedade, de modo geral, não se subsume à tipicidade, não podendo, portanto, atingir o *status* de típica. É interessante que a exclusão é feita na própria tipicidade, e não na antijuridicidade, já que a exclusão não é feita excepcionalmente, no caso concreto, mas previamente, em caráter geral e amplo.²⁵⁷

Neste sentido, o autor defende que a sua vinculação à antijuridicidade é possível apenas se o tipo penal for considerado como não valorativo, o que acaba por destruir a

²⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, cit., p. 295-296. Neste sentido, o autor defende que (p. 297): “En resumen se puede decir, por tanto, que la teoría de la adecuación social ciertamente persigue el objetivo, en sí mismo correcto, de eliminar del tipo conductas no correspondientes al específico tipo (clase) de injusto, pero que la misma no constituye un «elemento» especial de exclusión del tipo e incluso como principio interpretativo se puede sustituir por critérios más precisos. Por eso, esta teoría, tendencialmente correcta, hoy ya no puede reclamar una especial importancia dogmática”. Ressalta, entretanto, que a melhora e a precisão do instrumento da imputação objetiva só foi possível a partir das discussões trazidas à tona pela teoria da adequação social, de forma que esta idéia fundamental sobrevive em outros instrumentos dogmáticos modificados. Cf. ROXIN, Claus. *Finalismo...*, cit., p. 19.

²⁵⁴ ROXIN, Claus. Observaciones sobre la adecuación social..., cit., p. 94.

²⁵⁵ Id. *Derecho penal...*, cit., p. 297.

²⁵⁶ Id. Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal. *Cuardernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 12, v. 7, sep. 2001. p. 92.

²⁵⁷ Id. *Derecho penal...*, cit., p. 294.

função peculiar da teoria. Por outro lado, a sua vinculação como causa de exclusão da culpabilidade pressupõe que se considere antijurídica a conduta socialmente adequada e se admita legítima defesa contra ela, o que é incompatível com o caráter do injusto como conduta desaprovada e proibida.²⁵⁸

Em sentido oposto ao de Manuel Cancio Meliá, Mariana Sacher considera que a teoria da adequação social não pode ser considerada como o embrião da teoria da imputação objetiva, pois os fundamentos e critérios concretos da atual imputação possuem um corte claramente normativo, com a constante necessidade de ponderação dos fins de Direito Penal, mormente entre a proteção dos bens jurídicos – o que implica no princípio da *ultima ratio* e da função de prevenção das normas – e os espaços de liberdade de ação. Para a autora, a teoria da adequação social de Hans Welzel está muito longe deste panorama, já que sua intenção era escolher limites previamente existentes na sociedade para a regulação de condutas, sem maiores considerações sobre os fins do Direito Penal.²⁵⁹

No mesmo sentido manifesta-se María Ángeles Rueda Martín. A autora afirma que, com a teoria da adequação social, Hans Welzel esboçou um esquema de interpretação social a partir das relações do homem em sociedade, desde a concepção do sistema de bens jurídicos. Cada bem jurídico deve participar ativamente da vida social, a qual lhe traz riscos de lesão. Ocorre que determinadas lesões são suportadas pela sociedade, quando produzidas no seio das atividades que se dirigem ao uso da vida, sendo necessárias ao seu próprio desenvolvimento.²⁶⁰

A autora afirma que:

A adequação social proporciona, então, um critério hermenêutico, mas de natureza normativa e extra-sistemática, no sentido do não estrutural, que nos fornece informação sobre o sentido social da ação concreta realizada desde o âmbito do desvalor do resultado.²⁶¹

²⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, cit., p. 294-295.

²⁵⁹ SACHER, Mariana. *¿Rasgos normativos...*, cit., p. 596.

²⁶⁰ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría...*, cit., p. 493-494.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 500. Tradução livre nossa. Texto original: “La adecuación social proporciona, entonces, un criterio hermenéutico pero de naturaleza normativa y extrasistemático en el sentido de no estructural, que nos suministra información sobre el sentido social de la acción concreta realizada desde el ámbito del desvalor del resultado”.

Para ela, a adequação social é dotada de uma natureza extra-sistemática e de outra natureza sistemática. A sua natureza extra-sistemática ocorre na delimitação feita pelo legislador, no momento da valoração dos comportamentos que integram os respectivos tipos penais. Ela permite a entrada de valorações sociais de determinada ação, fundamentadas, por sua vez, na utilidade social que o comportamento apresenta, e que se plasma na ponderação de interesses.²⁶²

Já a sua natureza intra-sistemática se manifesta no momento da concreção do fato ao tipo penal, no qual o juiz deve comprovar, no caso concreto, se a ação corresponde àquelas que ficaram excluídas do tipo de forma absoluta e *a priori* no ato legislativo, em virtude da ponderação realizada pelo legislador penal. Toda conduta que se realize nestas condições, ainda que seja um comportamento consciente e voluntário, não será típico, pois a ação será útil de modo geral, e não apenas a partir do caso concreto. A pauta reitora da exclusão da conduta nesta fase deve ser a comprovação da coincidência ou divergência da finalidade subjetiva da ação com a finalidade geral positivamente valorada pela comunidade.²⁶³

María Ángeles Rueda Martín afirma que a teoria da adequação social é essencialmente diversa da teoria da imputação objetiva. A adequação social é um critério específico de valoração, que se projeta sobre um determinado acontecimento posteriormente à relação de imputação, emergindo da estrutura ontológica, a partir da teoria da ação final. A adequação social permite uma valoração sobre a estrutura material da ação, cujos elementos encontram-se unidos e concatenados de acordo com a finalidade da ação.²⁶⁴

Ressalta que isso não ocorreria em relação à teoria da imputação objetiva, que procura responder em quais situações não haverá o injusto típico, mesmo diante da ocorrência de todos os elementos estruturais que formalmente parecem subsumíveis a ele. Para a autora, isso não é propriamente uma teoria da imputação objetiva, pois ela não opera

²⁶² RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La teoría..., cit., p. 532.

²⁶³ Ibid., p. 533.

²⁶⁴ Ibid., p. 536.

internamente com estes elementos estruturais, mas tão somente um critério de valoração externo da conduta e do resultado a ela vinculado.²⁶⁵

Para María Ángeles Rueda Martín, a adequação social seria realmente uma causa de exclusão do desvalor penal do resultado, porque devido à funcionalidade e dinamicidade do sistema dos bens jurídicos, quando estamos diante de uma atividade reconhecida e valorada socialmente, cujo exercício implica o uso de determinado bem jurídico, a sua lesão não pode constituir um desvalor penal do resultado, por ser absolutamente necessária e substancial ao desenvolvimento de uma atividade de grande utilidade social.²⁶⁶

Desta forma, afirma que a teoria da adequação social deveria ser utilizada em relação às condutas que implicam lesões a bens jurídicos inerentes ao regular funcionamento da vida social, a fim de excluir a tipicidade de condutas como as lesões provenientes de intervenções médico-cirúrgicas, a exploração industrial que abrange a realização de atividades perigosas para os seus trabalhadores e as lesões verificadas nas atividades desportivas.²⁶⁷

María Ángeles Rueda Martín ressalta que há, contudo, casos nos quais o desvalor do resultado seria imprevisível *ex ante*, não podendo fundamentar um desvalor penal do resultado. Na execução de um bem jurídico de forma socialmente adequada, ou de forma irrelevante, é possível a lesão ocasional e socialmente desvalorada de um outro bem jurídico, cuja aparição resulta imprevisível *ex ante* pelo agente. Este seria o caso do empresário que, para a construção de um grande túnel em uma montanha, apesar de respeitar todos os procedimentos de segurança estabelecidos, envia um trabalhador em sua construção sabendo das estatísticas do número de acidentes por ano, com a intenção de que este morra, o que efetivamente acontece.²⁶⁸

Em casos como este, afirma não ser possível utilizar o critério da adequação social, mas sim aquele do risco permitido em sentido próprio, o qual também determina o desvalor da ação. Não obstante, englobar estes casos sob a denominação de “risco

²⁶⁵ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La teoría..., cit., p. 536.

²⁶⁶ Ibid., p. 537.

²⁶⁷ Ibid., p. 496-514.

²⁶⁸ Ibid., p. 528.

permitido”, por tratar de risco gerais da vida com o fim de delimitar o conteúdo dos tipos penais seria estéril, pois os riscos da vida não se encontram vinculados a circunstâncias fáticas concretas, e sim a situações nas quais não existe um fundamento indiciário de provocar um curso causal lesivo. Nestas situações, a responsabilidade fica excluída pela ausência de dolo ou de culpa, inexistindo o desvalor penal da conduta ou do resultado.²⁶⁹

A autora coloca que há, ainda, um terceiro grupo de casos, nos quais as ações têm por finalidade não o cumprimento de uma função socialmente valorada, cuja lesão ao bem jurídico seja imprescindível para o desenvolvimento social, mas sim a prática de condutas que visam a molestar ou perturbar, cuja prática não é capaz de lesar o bem jurídico protegido no tipo penal em questão. São exemplos destes casos as lesões corporais insignificantes, as condutas indecorosas contra a liberdade sexual, os casos de bagatela e os presentes dados aos carteiros por ocasião das festividades de Natal.²⁷⁰

Estes supostos permaneceriam excluídos dos tipos penais por questões hermenêuticas. Além da adequação social como critério extra-sistemático, existem outros critérios hermenêuticos que explicam o sentido dos tipos penais, excluindo-os quer pela irrelevância da finalidade do agente, quer pelo fim de proteção da norma.²⁷¹

No mesmo sentido, a posição de Luiz Regis Prado e de Érika Mendes Carvalho. Para eles, tanto a adequação social quanto o risco permitido apresentam como pressuposto fundamental a existência de uma lesão ao bem jurídico, a qual não constitui propriamente um desvalor do resultado, motivo pelo qual não há que se falar em conduta típica. Não obstante, ao passo que na adequação social o desvalor do resultado é excluído em virtude de uma interpretação teleológica restritiva dos tipos penais, a partir da análise das considerações ético-sociais, jurídicas e políticas dominantes, no risco permitido a ausência de desvalor do resultado ocorre em virtude da ausência de desvalor da ação, ante a ausência de dolo ou de culpa.²⁷²

²⁶⁹ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La teoría..., cit., p. 538.

²⁷⁰ Ibid., p. 514-526.

²⁷¹ Ibid., p. 538-539.

²⁷² PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 844, v. 95, fev. 2006. p. 438.

Os autores também afirmam que a adequação social, na forma como proposta por Hans Welzel, explica de forma clara e convincente a irrelevância social de determinados tipos de condutas aceitas pela sociedade, de modo que os critérios de imputação propostos pelos adeptos das modernas teorias da imputação objetiva seriam completamente desnecessários. Isso ocorreria pois a determinação do sentido social típico de uma conduta dependeria não apenas da apreensão intelectual dos elementos objetivo-causais do mundo físico, mas principalmente da capacidade volitiva em dirigir externamente estes elementos, fator desconsiderado pela teoria da imputação objetiva.²⁷³

Não obstante a importância destas concepções, as quais se mantêm fiéis ao finalismo, tem-se por inapropriado afirmar que, na imputação objetiva, a ausência de desvalor do resultado ocorre em virtude da falta de desvalor da ação, ante a ausência de dolo ou de culpa. A finalidade da ação do agente, elemento ontológico estruturante da ação, continua sendo observado para os adeptos da imputação objetiva, de forma a se continuar a considerar o dolo e a culpa na tipicidade. A diferença é que, além dos elementos subjetivos do tipo, referida teoria também exige que o seu elemento objetivo se encontre devidamente preenchido pelo risco proibido da conduta, o que deverá ser realizado de acordo com as pautas de conduta verificadas na sociedade, por meio do convívio incessante de seus membros. Não se trata de desprezar os elementos subjetivos do tipo, mas de subordiná-los à valoração do risco permitido, propiciada por meio da tipicidade penal objetiva. Desta forma, uma conduta final será penalmente relevante apenas se gerar um risco acima daquele permitido pela sociedade.

De igual forma, seria precipitado falar na ineficácia ou desnecessidade do incremento do risco como critério de imputação. A grande inovação da teoria da imputação objetiva está em subordinar a vontade do agente ao incremento do risco acima daquele permitido pela sociedade, o que não pode ser feito pela teoria da adequação social de Welzel. Ao contrário da adequação social, a conduta que gera um risco socialmente aceito será penalmente irrelevante independentemente da vontade do autor, porque os valores ético-sociais presentes na sociedade encontram maior ressonância do que a vontade finalisticamente orientada do agente.

²⁷³ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes. Adequação social..., cit., p. 441.

A posição de Manuel Cancio Meliá nos parece ser a mais acertada. Ao criar a teoria da adequação social, Hans Welzel procurou propor um novo critério de imputação como complementação à relação de causalidade, tentando inserir elementos valorativo-sociais no âmbito da tipicidade penal objetiva. Em virtude disso, ao menos num primeiro momento, tem-se que a teoria da adequação social não pode ser considerada como um simples critério de interpretação da norma, verificável *ex post*, mas um critério de imputação do resultado lesivo ao agente, obtido a partir da normalidade ou anormalidade daquela determinada conduta no seio das relações sociais. Não por acaso, as condutas socialmente adequadas devem ser excluídas já no âmbito da tipicidade penal, a partir da análise operada *ex post* pelo aplicador do direito.

De igual forma, também não se compartilha do entendimento de María Ángeles Rueda Martín de que, no finalismo, a imputação é feita exclusivamente pela estrutura ontológica da ação final, de forma a relegar a teoria da adequação social a um segundo plano, como critério específico de valoração a recair sobre a lesão anteriormente imputada ao agente. Esta afirmação não nos parece acertada, ao menos na primeira fase da teoria, pois, nela, conforme demonstrado, Hans Welzel atribuía igual valor aos elementos objetivo e subjetivo do tipo, chegando mesmo, em alguns exemplos, a sobrepor a adequação social à finalidade da ação ao agente.

É possível, portanto, afirmar que os resultados obtidos com a teoria da ação final se apresentam compatíveis com aqueles propostos pela teoria da imputação objetiva, pois a teoria da adequação social se mostrou como uma teoria geral da imputação objetiva, ao menos em seu momento inicial. O entrave ao seu desenvolvimento pelo finalismo pode ter ocorrido, em grande parte, à teoria da ação final, a qual reservou o aspecto normativo do tipo aos tipos culposos, já que os tipos dolosos seriam preenchidos com o ontologicismo da finalidade da ação.²⁷⁴ Neste sentido, o desenvolvimento posterior da teoria da ação, realizado de forma unilateral na atribuição de um sentido individual, parece ter desligado o finalismo do sentido original da adequação social.²⁷⁵

²⁷⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social..., cit., p. 729.

²⁷⁵ Id. Teoría final de la acción e imputación objetiva: consideraciones sobre la teoría de la adecuación social. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*. São Paulo, n.55, v. 13, jul./ago. 2005, p. 138-139. Neste sentido, o autor afirma que (p. 161): “[...] la teoría de la adecuación social es un «caminito que el tiempo ha borrado» y que gran parte de la dogmática de la Parte General actual recorre alborozada, llamándolo «autopista de la imputación objetiva», como se fuera una senda nunca transitada. Pero retirando un poco la maleza que lo cubre se observa que fue Welzel quien lo desdobló”.

Deste modo, o desenvolvimento da teoria da adequação social mostra-se relevante ao Direito Penal, pois parece ter se mostrado como o primeiro intuito de inserir elementos valorativos na tipicidade penal objetiva, através da observação das pautas de conduta e dos valores vigentes na sociedade, em uma clara orientação político-criminal, a fim de excluir a incidência típica sobre as ações socialmente “normais” ou “comuns”.

Com isso, referida teoria apresentou-se como um importante instrumento de desconsideração de condutas que, embora formalmente típicas, não apresentavam um desvalor do resultado, ante a tolerância e pertinência da conduta na relação dos agentes sociais, possibilitando o surgimento e o desenvolvimento de teorias de imputação mais elaboradas, tal como a teoria da imputação objetiva.

2.3.3 Importantes críticas ao finalismo

Não obstante a importância da teoria da ação final no desenvolvimento do Direito Penal, o finalismo não permaneceu à margem de críticas. Ao contrário: em virtude de sua natureza inovadora, foi alvo de severas considerações, tanto por parte dos positivistas e neokantistas – doutrinadores vinculados às escolas antecessoras –, quanto por parte daqueles que, discordando de determinados pontos da teoria, buscaram aperfeiçoá-la, atribuindo-lhe novos elementos.

Laura Zúñiga Rodríguez afirma que as principais críticas ao finalismo estão centradas na sua dificuldade de fixar a validade dos elementos ontológicos para todo tempo e lugar. Também não há uma definição concreta de como estas estruturas passam do mundo do ser para o mundo do dever-ser, convertendo-se em valores. O objetivismo de Hans Welzel pode inclusive significar certo voluntarismo, pois as chamadas “verdades eternas” e a “natureza das coisas”, muito parecidas à base de fundamentação do jusnaturalismo, são difíceis de serem definidas.²⁷⁶

²⁷⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 97.

Mas foi Claus Roxin quem teceu as críticas mais interessantes ao finalismo. O autor afirma que a escolha da ação – dado lógico-real, eleito a partir da observação da realidade – para a fundamentação de todo um sistema jurídico-penal, em nada contribui para impedir verdadeiras infiltrações ideológicas no âmbito da dogmática penal. A consideração de que toda ação humana é composta pela determinação final de um curso causal não contribui para aproximar o Direito Penal das diversas formas de comportamento.²⁷⁷

Para o autor, o significado da ação como finalidade não traz qualquer nova limitação para o poder punitivo do Estado. Ao contrário, a ênfase no elemento volitivo pode inclusive trazer consigo perigosas consequências para o Estado Democrático de Direito, tal como a punição de tentativas totalmente inofensivas ou de atos preparatórios muito distantes dos resultados.²⁷⁸

Assevera ainda que a ação final compreende apenas um aspecto limitado da realidade, de forma a abranger de maneira bastante simples e incompleta a base fática sobre a qual se assentam os acontecimentos relevantes ao Direito Penal. Como exemplo, o desligamento dos aparelhos de respiração artificial de uma pessoa que perdeu a sua consciência de forma irreversível pode ou não ser entendido como uma ação final de homicídio, pois é decisão valorativa do legislador ou do juiz. Não está escrito em qualquer estrutura do ser.²⁷⁹

Por outro lado, afirma que a omissão, a culpa e a omissão culposa não podem ser explicadas através da finalidade. Os finalistas compreendem os fatos culposos também como ação, imputando-lhe sanções penais, porque a atividade do agente encontra-se dirigida para determinada finalidade. Não obstante, esta finalidade não se encontra realizada no tipo penal em questão.²⁸⁰

Claus Roxin defende que o tipo objetivo não é a simples causação de um dano ao bem jurídico protegido pelo tipo, já que possui o seu próprio desvalor da ação, consistente na realização de um risco não permitido na esfera de alcance do tipo em questão. Visto

²⁷⁷ ROXIN, Claus. Finalismo..., cit., p. 21.

²⁷⁸ Id. *Estudos...*, cit., p. 57.

²⁷⁹ Id. Finalismo..., cit., p. 22.

²⁸⁰ Ibid., p. 21.

desta forma, os critérios de imputação objetiva são, no mínimo, tão importantes quanto a finalidade da ação, uma vez que igualmente fundamentam o desvalor da ação do injusto.²⁸¹

Para o autor, o finalismo incorre nestas faltas por apresentar dois mundos opostos e antagônicos, quais sejam, o mundo social do valor e o mundo empírico do sentido, como componentes indissociáveis do ser, tendência que, inclusive, se reflete na sua concepção de tipicidade. A teoria finalista desenvolveu-se no sentido de afastar os conteúdos históricos, deixando a discussão dos valores e da significação social da conduta para a esfera da antijuridicidade.²⁸² Isso gerou uma constante tensão, no âmbito do tipo, entre o mundo lógico-material e o mundo social-valorativo, tanto que os seguidores da doutrina finalista ainda hoje trabalham para resolver este impasse.

Afirma ainda que a conexão da tipicidade com o desvalor ético-social chegou a dissociar-se por completo nas condutas socialmente adequadas e nos tipos penais abertos, uma vez que, embora típicas, elas se encontram em consonância com os valores sociais vigentes. Em virtude disso, estas categorias não podem ser fundamentadas em pontos de vista valorativos, mas apenas sistemático-conceituais.²⁸³

Em virtude destas falhas, defende que a teoria finalista da ação chega a resultados práticos, mas estes, em grande parte das vezes, não são necessariamente corretos do ponto de vista político-criminal, o que se deve principalmente às críticas anteriores.²⁸⁴

Para que a estrutura do ser possa desempenhar sua função limitadora no âmbito do Direito Penal, Claus Roxin afirma ser necessário um esforço no sentido de ascender a ela.

²⁸¹ ROXIN, Claus. *Finalismo...*, cit., p. 23-24.

²⁸² Neste sentido, o autor afirma que: “É um erro fundamental pensar que a estrutura ontológica abstrata fixa limites ao legislador ou à interpretação judicial, e torna obrigatória algumas soluções para problemas determinados. Neste ponto a tendência antipositivista do finalismo cai no vazio. Resultados permanentes de direito natural não existem aqui. Existem sim, como já demonstrado, um vínculo limitado em dados culturais e sociais, pelo qual merece o finalismo seus méritos. No entanto, o vínculo decisivo que deve se impor ao legislador é o reconhecimento dos direitos invioláveis ao homem e seu direito de liberdade, portanto, axiomas normativos, conforme desenvolvimento do direito natural”. Cf. ROXIN, Claus. *Finalismo...*, cit., p. 23.

²⁸³ Id. *Problemas fundamentais...* cit., p. 101-105.

²⁸⁴ Id. *Estudos...*, cit., p. 57-61. Interessante a fundamentação do autor: “Parto da idéia de que todas as categorias do sistema de direito penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais, que, entretanto, não contêm ainda a solução para os problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à ‘matéria jurídica’, aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade. À luz de tal procedimento – de uma perspectiva político-criminal –, uma estrutura ontológica como a da ação finalista parece em parte relevante, em parte irrelevante e em parte necessitada de complementação por outros dados empíricos”.

Em outras palavras, para que a realidade apresente função limitadora da atividade punitiva do Estado, é necessário considerar a realidade não como *realidade em si*, mas como *realidade representada*.²⁸⁵ Desta forma, propõe a renúncia ao conceito ontológico de ação final da base do sistema de Direito Penal, e a adoção de um caráter normativo de tipo, regido, como os demais elementos do crime, pelos fins perseguidos pela política criminal.

Ao defender a renúncia ao conceito ontológico de ação final, o autor não atesta a sua completa exclusão da teoria do tipo. O conceito final de ação continua existindo, permanecendo o dolo e a culpa dentro da tipicidade. A diferença é que a base, ou seja, o fundamento do tipo é o seu caráter normativo, concebido principalmente pela adoção do conceito de risco proibido no âmbito de proteção do tipo penal, interpretado de acordo com a função do Direito Penal na sociedade, ditada pelos estudos de política criminal.²⁸⁶

Críticas como estas, tecidas não apenas por Claus Roxin, mas por outros autores, ante a impossibilidade do finalismo trabalhar e resolver determinados problemas dogmáticos, com importantes reflexos na sua aplicação prática, levaram à formação de uma nova escola penal: o funcionalismo.

²⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch, 1997. p. 17-29. Não obstante, o autor faz a ressalva de que não há nenhuma garantia de que a representação da realidade procedida pelo funcionalismo não esteja igualmente contaminada por nossas próprias percepções sobre as necessidades de imputação. Desta forma, a nova interpretação da vinculação das estruturas do ser através da vinculação pelo consenso daria vazão a um ontologismo débil, não muito diferente do normativismo relativista. Daí a importância da introdução da política criminal no âmbito da dogmática penal, para a inserção de vetores pertencentes à realidade na interpretação e aplicação das normas penais.

²⁸⁶ Claus Roxin afirma categoricamente que: “Deve-se, pois, vincular a teoria da ação final à doutrina da imputação objetiva, se se quiser compreender de forma completa o desvalor do ilícito penal. [...] Com o raciocínio aqui desenvolvido, as teses finalistas, se forem corretamente consideradas, não excluiriam a doutrina da imputação objetiva, mas seriam ambas complementares entre si”. Cf. ROXIN, Claus. *Finalismo...*, cit., p. 24.

3 O FUNCIONALISMO: A POLÍTICA CRIMINAL COMO CRITÉRIO TELEOLÓGICO DE INTERPRETAÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL

Dentre as várias escolas que abrigaram o estudo do Direito Penal, proporcionando o desenvolvimento da dogmática e também da política criminal, o funcionalismo é especialmente relevante, pois serviu de palco para os principais defensores da integração da política criminal à dogmática penal na interpretação e aplicação das normas penais ao caso concreto.

O funcionalismo surgiu ante a dificuldade do finalismo de lidar com algumas questões penais relevantes, relativas, sobretudo, às novas formas de criminalidade. Isso ocorreu em virtude das diversas transformações pelas quais passou a sociedade contemporânea, causadas principalmente pela globalização econômica e pela revolução tecnológica, com a fluidificação constante não apenas da economia entre os diversos países do globo, mas também da cultura e da forma de vida das pessoas. Tais fatores geraram a necessidade da prevenção e da gestão dos riscos verificados na sociedade, exigindo uma resposta positiva também por parte do Direito Penal, relativo à criação de instrumentos para trabalhar com estes riscos, de acordo com a função eleita para o Direito Penal.

A ideia básica do funcionalismo, entendido primeiramente como uma postura sociológica, é a de que as investigações sociais não devem se contentar com as análises causais que explicam ou determinam os fenômenos que lhe constituem o objeto de análise. Deve, antes, pensar nas funções, fins e consequências que se desprendem do seu próprio efeito. O estudo da sociedade é mais completo se nele se projeta para o futuro o instrumento com o qual normalmente se opera a ciência.²⁸⁷

No âmbito jurídico-penal, a primeira nota que se faz a respeito do funcionalismo é o seu aspecto heterogêneo. Há inclusive autores que preferem designá-lo como uma forma de pós-finalismo, ante a diversidade das concepções que abrange.²⁸⁸

²⁸⁷ PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael. La funcionalización del derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático-penales: vistazo a la catedral desde un margen. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, n. 52, 2002. p. 500.

²⁸⁸ Assim o faz Antonio Luís Chaves Camargo em suas obras: *Imputação objetiva...*, cit., p. 32-40 e *Sistema de penas...*, cit., p. 153-161.

Deste modo, enquanto alguns autores utilizam a concepção sistemático-funcional independentemente de construções axiológicas, num funcionalismo de base normativista, como o faz Günther Jakobs²⁸⁹, outros a utilizam como forma de interpenetração de elementos valorativos no âmbito da dogmática penal. O maior exemplo desta segunda postura é Claus Roxin, que parte da ideia da função do Direito Penal para fundamentar a inserção da política criminal em cada um dos elementos da dogmática.²⁹⁰ Também parte das relações de comunicação entre os atores sociais como forma de se auferir o risco proibido, critério de imputação por ele mesmo desenvolvido no âmbito da teoria da imputação objetiva.²⁹¹

Estas disparidades não impossibilitam o estabelecimento de alguns pontos comuns entre as teorias funcionalistas. O primeiro deles se refere à radical mudança de fundamentação do Direito Penal: sua base estrutural deixa os postulados filosóficos em prol daqueles sociológicos. Andrei Zenkner Schmidt afirma que “as justificações deontológicas cedem espaço à necessidade de demonstração concreta de que o sistema penal funcione e produza consequências favoráveis, qualquer que seja o meio utilizado para tanto”.²⁹² O próprio conceito final de ação, típico do finalismo, perde importância como elemento central da dogmática.

²⁸⁹ Na concepção de Günther Jakobs, o Direito Penal legitima-se materialmente na sua necessidade de garantir a vigência das expectativas normativas essenciais, das quais dependem a própria configuração ou identidade da sociedade, frente àquelas condutas que expressam um significado contrário à norma correspondente, afrontando-a como modelo geral de orientação no contato social. A pena é entendida como simples resposta frente à quebra da norma. Cf. JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.

²⁹⁰ Miguel Rafael Pérez Arroyo destaca: “Así, en Roxin encontramos que esos «*finés*» y «*consecuencias*» son priorizados sobre la base de una orientación político criminal y una necesidad social que el Derecho penal debe satisfacer. Los valores que informen al sistema dogmático penal son de orientación político criminal los cuales, a su vez, se relacionan de modo inescindible de la sociedad y de sus necesidades (necesidad social). La orientación teleológica de su sistema orienta al Derecho penal a redefinir el marco categorial de la teoría del delito y del sistema penal en general de acuerdo a los valores político criminales que la propia constitución establece a fin de satisfacer esas necesidades sociales. En Jakobs la misión (fin) del Derecho penal es la defensa de la identidad social sobre la base de la vigencia de la norma penal. Los valores son todos sistemático-normativos y los que el propio derecho aporte en la construcción de esa pirámide normativa. Son sus paradigmas: «vigencia de la norma» e «identidad social». No existe pues, como insisten algunos sectores de la doctrina un *funcionalismo* «radical» y otro «moderado»”. Cf. PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael. *La funcionalización del derecho penal...*, cit., p. 506.

²⁹¹ Sobre o modelo político-criminal de Claus Roxin, Jesús-Maria Silva Sánchez afirma que ele não é minimalista quanto aos critérios de lesividade, tampouco quanto aos critérios de imputação. Contudo, não é possível situá-lo num funcionalismo na linha de Günther Jakobs, no qual o decisivo seja a constituição social, de modo que esta seja o exclusivo critério de imputação. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Política criminal en la dogmática...*, cit., p. 25.

²⁹² SCHMIDT, Andrei Zenkner. A criminalidade moderna nas concepções de Hassemer e Silva Sánchez. *Revista Jurídica*, n. 284, v. 49, jun. 2001, p. 62-78.

O funcionalismo não nega que a ação humana possa ser realmente final em sua essência, mas não a utiliza para fundamentar uma concepção do delito de base ontológica.²⁹³ Procura, ao contrário, a aproximação do Direito Penal à realidade social. Toda a atenção está voltada para a sociedade, para a inter-relação dos atores sociais.

A escola funcionalista parte da ideia de que os sistemas sociais apresentam caráter auto-referencial e autopoietico, devido as suas capacidades de auto-reprodução e de autoconservação. É dentro desta complexidade que se insere o conceito de função dos sistemas sociais, traduzido no conjunto de processos ou de condições que contribuem para a manutenção ou para o desenvolvimento de determinada sociedade.²⁹⁴

Dentro da ótica dos sistemas sociais, o sistema do Direito nada mais é do que um subsistema do sistema da sociedade, porque compreende uma parcela de comunicações dentro do sistema social. Esta parcela de comunicações também se reproduz por si mesma, e sua unidade é dada por sua operação, e não pelo entorno. São as próprias operações do sistema que estabelecem as suas fronteiras.²⁹⁵

Nesta perspectiva, o crime seria aquela conduta disfuncional, ou seja, que supõe uma ameaça para a coesão social. E, sendo o Direito Penal um subsistema simbólico facilitador da comunicação social, estuda como ele deve atuar para manter o consenso, a

²⁹³ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia: acerca de su construcción*. Madrid: Dykinson, 1999. p. 144-145.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 150-153.

²⁹⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal: ¿Es el problema de La legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 260.

fim de preservar a estrutura da sociedade. Disso provém a ideia de um Direito Penal teleológico, orientado de acordo com determinados fins ou funções.²⁹⁶

O Direito Penal insere-se organicamente neste todo social e complexo, no qual deve cumprir a sua função, de acordo com a coerência do método que segue por seus fins e projetado para o futuro por suas consequências. É necessário que se estabeleça qual é o conteúdo destes fins e consequências em relação à função que o Direito Penal e, de forma mais extensiva, o sistema penal, devem cumprir, principalmente considerando a sociedade na qual eles se encontram inseridos, numa perspectiva estrutural-funcional.²⁹⁷

Neste sentido, o nexos metodológico do funcionalismo são os valores, entendidos tanto em uma perspectiva sociológica quanto jurídico-penal, pois são eles que estabelecem a ligação entre os fins e as consequências do Direito Penal com a própria função do fenômeno social.²⁹⁸

É importante ressaltar que o presente trabalho adota a linha funcionalista de Claus Roxin. Não obstante a perspectiva teleológico-funcional adotada pelo autor, ele segue um funcionalismo próprio, pois lhe atribui uma série de elementos inovadores. O principal deles é a inserção da política criminal dentro da dogmática penal, a fim de agregar aspectos valorativos em todos os elementos do crime, com uma radical mudança do sistema dogmático tipicamente fechado.

Claus Roxin defende a passagem do sistema ao problema, com exames de casos e exemplos concretos. Os estudos concentram-se muito mais nos problemas causados pelos conceitos gerais do que no aperfeiçoamento do sistema. A resolução, portanto, não

²⁹⁶ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Ensayo...*, cit., p. 150. Sobre a classificação das estruturas de legitimidade do subsistema jurídico, Juan Ignacio Piña Rochefort assevera que elas: “[...] pueden ser clasificadas como estructuras de legitimidad formal y estructuras de legitimidad material. No existe ningún principio en su diferenciación (de hecho un principio es ya una estructura) sino simplemente aparecen evolutivamente. Tienen un carácter emergente, de modo que aparecen en cuanto el sistema alcanza determinados grados evolutivos. Son estructuras de legitimidad formal – entre otras – la sujeción estricta al principio de legalidad, tanto para la definición de las conductas prohibidas (garantía criminal del principio de legalidad); la sujeción al principio del debido proceso para la sanción adecuada (garantía de jurisdicción); la sujeción al principio por el que la ejecución de la sanción se verificará de acuerdo a la predeterminación legal (garantía de ejecución). Son estructuras de legitimidad material – entre otras – la propia construcción dogmática, la autolimitación del sistema a la existencia de «bienes jurídicos» que proteger, la subsidiariedad, la fragmentariedad, la «humanidad de las penas», la proporcionalidad, la culpabilidad, etc”.

Cf. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Algunas consideraciones...*, cit., p. 264-265.

²⁹⁷ PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael. *La funcionalización del derecho penal...*, cit., p. 505.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 505.

pretende ter validade geral e eterna, mas delimitada para aquele grupo específico. O abstracionismo dogmático dá lugar à eficiência do prático.²⁹⁹

Da mera aplicação da lei passa-se a sua concreção ao caso dado. O juiz não se limita a aplicar a lei ao caso concreto, ou seja, a realizar um processo de subsunção mecânico amorfo, mas deve buscar a norma aplicável. Isso é possível a partir da adequação da norma às exigências do setor da realidade que ela alcança.³⁰⁰

O sistema fechado é substituído pelo aberto, permeável aos demais ramos do saber, especialmente à política criminal. As inovações mais significativas ocorrem no campo do tipo penal objetivo. O conceito causal-naturalista é substituído pela teoria da imputação objetiva, que considera o risco proibido como critério de atribuição do resultado ao agente. Também são adotados o âmbito de proteção do tipo e o comportamento da vítima como critérios de imputação.³⁰¹

Como se verá a seguir, a confissão a favor de um sistema teleológico-funcional e teleológico-racional da dogmática jurídico-penal não significa a recusa da intervenção de considerações axiológicas, de pontos de vista de valor ou de critérios de validade e intencionalidade normativas na dogmática, tampouco o pronunciamento de argumentos de pura “engenharia social”.³⁰² Ao contrário, os desenvolvimentos mais recentes da dogmática jurídico-penal revelam que esta oposição não é necessária, sendo mais acertado propor uma relação dialética entre dogmática e política criminal, capaz de conduzir, ao final, a uma unidade axiológico-funcional.³⁰³

²⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases...*, cit., p. 258-261.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 258-261.

³⁰¹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva...*, cit., p. 32-40.

³⁰² A expressão é de Jorge de Figueiredo Dias. *Questões fundamentais...*, cit., p. 37-38.

³⁰³ *Ibid.*, p. 37-38.

3.1 Sistema fechado *versus* sistema aberto: a necessidade de inserção do problema no sistema

Um dos principais desafios da dogmática penal é a elaboração de um sistema penal cada vez mais desenvolvido, entendido aqui o sistema como a unidade de diversos conhecimentos sob determinada ideia e regidos de acordo com princípios comuns. A dogmática penal pretende estruturar a totalidade dos conhecimentos componentes da teoria do delito como um conjunto ordenado, deixando visível a conexão interna dos dogmas concretos.³⁰⁴

O sistema fechado é utilizado no Direito Penal desde o período clássico. Fundamenta-se em uma sensível operação lógica, que consiste em subsumir o caso concreto à norma jurídica. Trata-se de um simples silogismo que compreende a premissa maior – a lei – e a premissa menor – o fato da vida, ou seja, a conduta do agente – extraindo-se uma conclusão coerente e ordenada dos antecedentes, correspondente à sanção prevista na norma. Tem como fundamentos a doutrina e a jurisprudência, as quais procuram, a partir da norma, uma interpretação coerente e ordenada, mais adequada possível à realidade.³⁰⁵

Neste sistema, o decisivo é a interpretação da premissa maior, ou seja, do texto legal, que se coloca aos olhos do intérprete de forma transcendental. A premissa menor – conduta do agente – permanece relegada a um segundo plano. A interpretação da premissa

³⁰⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, cit., p. 193. Claus Wilhelm Canaris coloca a ordenação e a unidade como as duas características comuns dos diversos conceitos de sistemas. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 12.

³⁰⁵ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas...*, cit., p. 23. Claus Wilhelm Canaris observa que, não obstante a roupagem lógico-formal atribuída ao processo de subsunção da norma ao fato, ela também necessita de uma forte ordenação valorativa por parte do intérprete, a qual passa despercebida pelos adeptos do sistema fechado: “Assim, na chamada subsunção, apenas a obtenção das premissas é decisiva: quando a ‘premissa maior’ e a ‘premissa menor’ sejam suficientemente concretizadas e ordenadas entre si – e para isso a lógica formal não é essencial – está concluída a tarefa própria dos juristas; a conclusão final surge agora, por assim dizer, de modo automático, e até este último acto, a ‘subsunção’, não é, de modo algum, apenas de tipo lógico-formal, antes surgindo, numa parte essencial, ainda que frequentemente não explícita, numa ordenação valorativa”. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...*, cit., p. 33-34.

maior não requer o exame prévio da premissa menor, de forma que esta última se afigura como simples pressuposto de subsunção da primeira.³⁰⁶

O sistema fechado foi utilizado por um longo período em virtude das vantagens que apresenta. Em primeiro lugar, ele é eficiente, pois facilita o exame do caso concreto, tornando a tarefa de aplicação do Direito aparentemente fácil para o jurista. A estruturação do raciocínio em determinados passos, traduzidos nos elementos do crime, garante que todas as questões importantes para a punição do agente sejam efetivamente analisadas, em muito reduzindo as arbitrariedades e erros no procedimento de aplicação da norma. Em segundo lugar, o sistema fechado promove uma ordenação da matéria jurídica, diferenciando-a de acordo com o seu objeto. E, finalmente, o sistema fechado pode servir como norte para a elaboração e desenvolvimento do direito, à medida que penetra no contexto de produção das diversas normas jurídicas, guiando seu fundamento teleológico.³⁰⁷

Todos estes fatores promovem uma simplificação substancial da aplicação do Direito, pois evitam aos seus operadores, especialmente ao juiz, a análise de uma ampla massa de casos concretos para, em uma delas, adequar a solução naquele caso específico. Não é preciso classificar e dividir os julgados de acordo com esta ou aquela resolução. Neste aspecto, o sistema fechado funciona como um conjunto de moldes pré-fabricados que, pressionados ao caso concreto, se encaixam nas formas previstas. Não é preciso que o intérprete procure por este ou por aquele molde, pois eles se encontram todos reunidos no sistema.

Não obstante as vantagens que apresenta, o sistema fechado também gera alguns entraves à aproximação do Direito Penal à realidade. Em determinados casos, a aplicação do sistema causa injustiça na resolução do caso concreto. Outro inconveniente é a redução

³⁰⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 509-510.

³⁰⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, cit., p. 207-209. Ao tratar dos aspectos positivos do sistema fechado, o autor também afirma que ele é econômico, por diminuir o caminho do raciocínio, de forma que se determinada conduta não for típica, não há que se analisar a sua antijuridicidade ou a sua culpabilidade, pois o primeiro elemento é o pressuposto para estes dois últimos. Não obstante, tem-se que este aspecto não é exclusivo do sistema fechado, ocorrendo de igual forma no sistema aberto. Também neste último, se determinada conduta não puder ser subsumida ao tipo penal, ela não poderá ser considerada criminosa, mesmo que a antijuridicidade e a culpabilidade estejam presentes.

das possibilidades de se resolver o problema.³⁰⁸ Voltando-se à analogia dos moldes pré-fabricados, é de se pensar que nenhum sistema consegue conter todos os moldes de encaixe nas formas previstas. Muitas vezes o molde aplicado não é aquele que se ajusta perfeitamente à situação, mas o que mais se aproxima dela. Como o sistema não pode ser alterado para absorver o caso concreto, a situação fática deve amoldar-se de acordo com os elementos do sistema, gerando situações injustas, ou que poderiam ser resolvidas de uma forma mais apropriada.

Outra crítica formulada ao sistema fechado é a de que, no seu afã de regular todos os fenômenos penais sob um conjunto limitado por princípios e postulados, ele apresenta conceitos muito gerais e abstratos, dificultando sobremaneira a sua aplicação ao caso concreto. O melhor exemplo deste fenômeno relaciona-se à busca de um conceito unitário de ação. Ao tentar unificar o conceito de ação nos crimes dolosos, culposos, omissivos e comissivos, de resultado e de perigo, a dogmática penal acaba distanciando o conceito da realidade.³⁰⁹

A principal objeção ao sistema fechado diz respeito a sua insuficiência político-criminal. Nele, a dogmática penal não consegue entrar em contato com a orientação política para a prevenção do delito. Isso em muito contribui para um distanciamento do Direito Penal da realidade.³¹⁰

Sobre os excessos do pensamento sistemático, Antonio García-Pablos de Molina afirma que:

Com razão criticou-se a ‘supervalorização’ do sistema, e o conseqüente esquecimento de seu caráter instrumental, auxiliar. Foi exaltado como se fosse um ‘fim’ em si mesmo, incorrendo-se em um vazio ‘formalismo’, dependente só da beleza das construções e de sua lógica externa, da própria ‘estética’ do sistema. Existia uma notória desproporção entre o esforço realizado por uma dogmática de filigrana e o rendimento prático efetivamente conseguido, porque,

³⁰⁸ Ibid., p. 210-212.

³⁰⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, cit., p. 214.

³¹⁰ Ibid., p. 212-213.

logicamente, se só se trata de ordenação, proporção e domínio da matéria, a disputa sobre o sistema ‘correto’ é sempre pouco frutífera.³¹¹

Diante destes obstáculos, Claus Roxin propõe a utilização do sistema aberto, realizado a partir do pensamento problemático, que parte da análise de casos concretos para, ao fim, chegar em “pontos comuns” – os chamados *topoi* –, ou seja, pontos de vista aceitos com caráter geral, e que apresentam âmbito de aplicação bastante estendido. Diante de determinado problema, são apresentadas todas as soluções contra e aquelas a favor, para que se chegue a uma solução suscetível de consenso. Este consenso pode ser elevado à categoria de *topos*, desde que preencha determinados requisitos.³¹²

Jorge de Figueiredo Dias também explica este processo. No pensamento problemático, a função primordial da dogmática é o estabelecimento de critérios de valor orientados funcional-teleologicamente, semelhantes aos princípios ou tópicos servidores do discurso, da argumentação e do consenso. Estes critérios devem ser estabelecidos a partir de uma casuística tão larga quanto possível.³¹³

Claus Roxin defende que a adoção de um pensamento problemático é útil em vários aspectos, pois ele permite: a) a discussão e análise de elementos não dogmáticos, bem como de assuntos não necessariamente abordados pelo legislador; b) maior influência dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais no caso concreto; e c) controle intenso das soluções para o caso concreto, ao decidir com equidade os casos, pois parte de aspectos político-jurídicos.³¹⁴ Desta forma, o sistema aberto busca preencher os três requisitos fundamentais exigidos de um sistema frutífero, quais sejam, a clareza e ordenação conceitual, a referência à realidade e a orientação segundo finalidades político-criminais.³¹⁵

³¹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...*, cit., p. 504-505. Tradução livre nossa. Texto original: “Con razón se ha criticado la «sobreevaluación» del sistema, y el consiguiente olvido de su carácter instrumental, auxiliar. Há sido magnificado como si fuera un «fin» en sí mismo, incurriéndose en un vacío «formalismo», pendiente sólo de la belleza de las construcciones y de su lógica externa, de la propia «estética» del sistema. Existía una notoria desproporción entre el esfuerzo realizado por una dogmática de filigrana y el rendimiento práctico efectivo conseguido, porque, lógicamente, si sólo se trata de la ordenación, proporción, y dominio de la materia, la disputa sobre el sistema «correcto» es siempre poco fructífera”.

³¹² ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, cit., p. 215.

³¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 36.

³¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, cit., p. 215-216.

³¹⁵ Id. *Política criminal y sistema...*, cit., p. 39.

Para o autor, parece sensato que, não obstante as vantagens do pensamento problemático, a ideia de um sistema não seja abandonada, ante os pontos positivos que ela apresenta, especialmente aqueles de clareza e de segurança jurídica. Ao contrário, as relações normativas internas são colocadas em destaque de forma mais clara em um sistema teleológico do que em outro deduzido por abstrações ou axiomas.³¹⁶ Neste sentido, Antonio García-Pablos de Molina afirma que: “A elaboração sistemática não pode estar ausente em qualquer ensaio científico. Na atividade jurídica, é um dos ‘momentos’ – não o único, mas o essencial – de toda a metodologia que se possa propor”.³¹⁷

Jorge de Figueiredo Dias assevera que o pensamento sistemático não pode ser abandonado apenas por questões ligadas à segurança na aplicação do Direito, mas também porque fora do sistema e ou independentemente dele não haveria a garantia de se encontrar a solução justa e adequada para a solução do caso concreto. Desta forma, o pensamento do problema deve necessariamente coexistir com o pensamento do sistema pela forma da interpenetração ou integração.³¹⁸

Some-se a isso o fato de que, como a resolução do caso pelo pensamento problemático pode tomar rumos não estritamente normativos, este tipo de pensamento acaba por entrar em confronto com o princípio da legalidade estrita e com a proibição da analogia *in malam partem*, o que em muito dificulta a total substituição do pensamento sistemático pelo problemático.³¹⁹ O que se busca, portanto, não é a completa anulação de

³¹⁶ Ibid., p. 77-78.

³¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...*, cit., p. 503.

³¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 37.

³¹⁹ Miguel Reale Júnior atenta para o perigo da adoção da *aequitas* e da analogia *in malam partem* no Direito Penal. Ao tratar da recepção destes institutos por Rudolf von Ihering e Tobias Barreto Meneses, como forma de preencher as lacunas e permitir o acolhimento do devir histórico-social no corpo rígido das normas, a fim de atribuir sua maior concretude pelo magistrado, ele afirma que: “[...] em matéria penal, a analogia e a equidade, consideradas como fontes de criação de normas incriminadoras, não constituem um meio justo para um fim justo, por mais aparentemente justo que se revele. Em suma, na ‘luta pelo direito’, a lição da história é a de que a busca da justiça concreta encontra limite intransponível no princípio da estrita e prévia legalidade dos crimes e das penas”. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Aequitas* e analogia em matéria penal: o pensamento de Ihering e de Tobias Barreto. In: Meio Século de Filosofia, 2003, São Paulo. Meio Século de Filosofia – Anais do VI Congresso Brasileiro de Filosofia. São Paulo: Legnar, 2003. v. 1, p. 109-117.

um pensamento por outro, mas a sua integração no sistema penal, que passa de fechado a aberto.³²⁰

O sistema aberto teleológico só pode descartar aquelas soluções de problemas que sejam incompatíveis com os seus fins. Também são excluídas as soluções produzidas como conclusões de necessidades axiomáticas axiologicamente cegas. As contradições valorativas verificadas no caso concreto podem ser eliminadas mediante correções no sistema, preparando-o para futuras alterações na lei.³²¹ Veja-se que, ao contrário do sistema fechado, no aberto é o sistema que se modifica para incluir as alterações verificadas no mundo fático, e não o contrário. Muda-se o molde para envolver o conteúdo.

Antonio García-Pablos de Molina compartilha com o entendimento de Claus Roxin. O autor defende que a metodologia penal não pode prescindir de um sistema, em virtude da segurança, da objetividade e da clareza que ele proporciona ao Direito Penal, principalmente considerando que esta disciplina se encontra pautada no princípio da legalidade estrita. Não obstante, na elaboração dogmática dos problemas, o sistema deve ser apenas um de seus métodos auxiliares, a fim de facilitar o controle da arma penal e do seu exercício pelo Estado. O sistema também deve se legitimar pelos resultados que proporciona, e não apenas por sua coerência lógica interna.³²²

Frente à concepção tradicional de subsunção da norma ao caso concreto, Antonio García-Pablos de Molina afirma que o aspecto mais importante do processo de aplicação da lei não é a interpretação de seu teor – a premissa maior –, e sim a verificação da premissa fática à qual se refere – a premissa menor. Isso ocorre porque a norma não se esgota em seu teor legal, abarcando também o setor da realidade social no qual tem referência. Ressalta que a inserção da realidade social no processo de concreção da norma

³²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, cit., p. 214. Jorge de Figueiredo Dias ressalva que isso não significa que o princípio da legalidade estrita em Direito Penal possa recusar, sem mais, a aceitação de características tópicas e argumentativas, tampouco obrigar à aceitação de uma metodologia conceitualista e subsuntiva. Há, na dogmática jurídico-penal, para efeitos de fundamentação ou de agravação da responsabilidade, um momento inicial da mera subsunção formal, em que o princípio da legalidade impõe que o texto da lei constitui um limite absoluto de toda a esfera de aplicação, pois apenas desta forma ela pode desempenhar a função de garantia que lhe cabe nos quadros do Direito. Para além deste momento, contudo, a dogmática do Direito Penal não se encontra submetida a qualquer outra exigência formal-subsuntiva, devendo ser integrada na orientação metodológica do pensamento problemático. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 36.

³²¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, cit., p. 217.

³²² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...*, cit., p. 508.

evita o perigo de dissolver a normatividade em puro sociologismo. Neste sentido, ele afirma que “[...] o princípio da legalidade exige limitar o poder normativo do fático pelo próprio teor da norma. O sentido literal possível da lei figura como limite intransponível da normatividade do real”.³²³

No sistema aberto o juiz não mais é considerado um simples fazedor de silogismos, mas alguém sobre quem recai a enorme responsabilidade de procurar a solução mais justa para cada problema. A solução do problema deve ser encontrada para a descoberta ou para a criação de uma solução justa do caso concreto e, simultaneamente, compatível com o sistema jurídico-penal. Este processo pressupõe uma verdadeira “penetração axiológica” do problema jurídico-penal por meio de referência teleológica a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal. O sistema fica, portanto, imerso no caldo de valorações político-criminais que lhe são peculiares.³²⁴

Jorge de Figueiredo Dias explica que:

Nesta hipótese, a ‘justiça do caso’ deve em definitivo sobrepor-se a considerações puramente sistemáticas; mas deve também conduzir então ao reexame ou ao reajustamento do significado meramente operacional e coadjuvante dos conceitos para a aplicação do direito. Assim se revela verdadeiramente o sistema jurídico-penal, antes que ‘cerrado’, um ‘sistema aberto’: um sistema que em cada dia vai se refazendo porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos problemas; ou com problemas velhos mas que, à luz de uma nova ou mais perfeita compreensão da teleologia, da funcionalidade e da racionalidade do sistema, reclamam novas soluções.³²⁵

Antonio García-Pablos de Molina afirma que o sistema não pode ser o estado final de toda a elaboração dogmática, mas apenas um momento dela. O sistema deve ser flexível, provisional, aberto ao problema, capaz de se legitimar não por si mesmo, por sua coerência e rigor lógico, mas sim por seus resultados e por sua função. Por outro lado, não é possível abandonar a ideia de sistema, uma vez que ele representa um princípio ordenador inerente a toda atividade científica, sendo irrenunciável na ciência do Direito, especialmente na disciplina do Direito Penal, fundamentada no princípio da legalidade estrita. A renúncia completa aos critérios generalizadores e diferenciadores próprios do

³²³ Ibid., p. 510. Tradução livre nossa. Texto original: “[...] el principio de legalidad exige limitar el poder normativo de lo fáctico por el propio tenor de la norma. El sentido literal posible de la ley figura como límite infranqueable de la normatividad de lo real”.

³²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 34-35.

³²⁵ Ibid., p. 40.

sistema significaria um retrocesso de vários séculos rumo ao caos e à insegurança jurídica.³²⁶

Para o autor, o sistema deve abandonar a busca incessante por sua própria beleza e congruência interna a fim de orientar-se para a solução de problemas. Deve estar aberto à realidade social e às suas necessidades, e nunca fechado em si mesmo. A justiça e eficácia das soluções aos problemas concretos não podem estar fundamentadas apenas no raciocínio dedutivo. Tampouco deve necessariamente passar pelo crivo das categorias do sistema. O desenvolvimento e aplicação do saber problemático é uma característica comum a todo intento metodológico moderno, porque corresponde à mudança radical do abstrato ao concreto, tão próprio do século XXI.³²⁷

Compartilha-se, aqui, com as proposições dos autores. O sistema não pode permanecer legitimado exclusivamente pela lógica e coerência de suas estruturas internas. Ele é mais interessante ao Direito Penal quando dirigido à determinada função, eleita, por sua vez, pela política criminal adotada pelo Estado. Neste sentido, um sistema que se volta a si próprio, permanecendo hermeticamente fechado a toda e qualquer espécie de valoração, proporciona uma forte ruptura com o seu objeto de aplicação, qual seja, o fato da vida socialmente inserido, acabando por gerar situações formalmente perfeitas, mas materialmente injustas.³²⁸

Isso pode ser ilustrado pelas diferentes formas de resolução do seguinte caso prático: Mévia, maior, totalmente capaz, finalisticamente subtrai para si uma manteiga

³²⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...*, cit., p. 545-546.

³²⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...*, cit., p. 509.

³²⁸ Neste mesmo sentido, sobre o sistema lógico-formal, ou mais propriamente, sistema lógico da jurisprudência de conceitos, utilizado pelo sistema fechado, Claus-Wilhelm Canaris observa que: “[...] a descoberta e a afinação das premissas constitui a tarefa jurídica decisiva, enquanto, pelo contrário, a formulação de conclusões lógico-formais é de significado muito menor; nelas nunca poderia ser incluído o ‘terceiro grau’ da argumentação jurídica, isto é a obtenção do Direito com o auxílio de princípios jurídicos gerais, de natureza das coisas, etc., onde o que se disse vale, naturalmente, em medida ainda maior. Por consequência, hoje não mais se pode pôr em dúvida que um sistema lógico-formal não sirva, de alguma maneira, nem a essência do Direito, nem as tarefas específicas do jurista”. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...*, cit., p. 37-38.

constante em uma das prateleiras de uma rede de supermercados.³²⁹ Considerando-se o silogismo próprio do sistema fechado, Mévia terá a sua conduta formalmente subsumida ao tipo penal de furto (art. 155, *caput*, do CP) de forma automática. Neste caso, a pena do crime poderá ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se Mévia for primária, conforme a redação do §2º do dispositivo. Não obstante, o delito continuará existindo, por se tratar de uma conduta típica, antijurídica e culpável. Para o sistema fechado, portanto, Mévia deverá ser punida por sua conduta, já que ela preenche todos os elementos sistematicamente construídos para a aplicação da norma ao caso concreto.

Este mesmo exemplo será resolvido de forma diversa por um sistema aberto, fundamentado pela pauta político-criminal de prevenção – principalmente a prevenção especial –, de subsidiariedade do Direito Penal e de economia processual. Para ele, embora a conduta de Mévia seja formalmente subsumida ao tipo penal de furto, e não obstante seja antijurídica, e Mévia seja culpável, ela não poderá configurar o crime em questão, ante a aplicação do princípio da insignificância, o qual retira a tipicidade material da conduta de Mévia. Referido princípio nada mais é do que uma complexa construção dogmática elaborada a partir da dificuldade dos aplicadores do Direito de resolver questões como estas, nas quais a tipicidade formal é verificada, mas a conduta não chega a lesar o bem juridicamente protegido, de forma que a subsunção da norma penal à conduta acaba por gerar uma punição desnecessária e, portanto, injusta.

Sobre as funções político-criminais adotadas pelo Estado Democrático de Direito no processo de interpretação das normas jurídico-penais, há que se ressaltar que elas devem estar em consonância com as garantias individuais presentes nas constituições de seus respectivos ordenamentos jurídicos. Neste sentido, a flexibilização do Direito Penal jamais poderá ir contra estas garantias, servindo apenas para restringir o âmbito de aplicação do Direito Penal, e nunca para alargá-lo.

³²⁹ Este exemplo é verídico, e serve para demonstrar a necessidade de interpretação das normas penais brasileiras de forma mais flexível e próxima da realidade social, de acordo com os valores político-criminais adotados pelo Estado. Em 16 de novembro de 2005, uma empregada doméstica de 19 anos foi flagrada tentando furtar uma manteiga no valor de R\$ 3,20 (três reais e vinte centavos) em um mercado no Jardim Maia, localizado na Zona Leste da cidade de São Paulo. Condenada, em primeira instância, a 4 (quatro) anos de reclusão pela prática de furto qualificado, o que gerou grande comoção pública, ante a injustiça do caso em questão, a 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo resolveu o impasse desclassificando a conduta da agente para furto simples tentado e, em seguida, de ofício, reconhecendo a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva intercorrente. Subsunções como esta contribuem para aumentar o sentimento de insegurança por parte da sociedade, ante a descrença na atuação de um Poder Judiciário que pune severamente condutas irrisórias ou insignificantes.

A dogmática penal, no estágio em que se encontra, não mais pode permanecer distanciada da realidade, entendendo-se esta “realidade” como aquela social, ou seja, verificada a partir das comunicações havidas entre os atores sociais. O sistema não mais pode ser legitimado apenas pela lógica e coerência de suas estruturas internas, permanecendo fechado às valorações sociais.

Parte da doutrina e da jurisprudência brasileira está percebendo esta necessidade. Não por acaso a jurisprudência tem considerado o princípio da insignificância, de forma que até mesmo os tribunais superiores³³⁰ frequentemente fazem uso desta construção dogmática em suas decisões.

Pode-se afirmar que o sistema aberto pressupõe certa “inversão de papéis”. Primeiramente, analisa-se determinado grupo de casos afins, os quais apresentam certo desvio ou impropriedade de resolução pelas categorias sistemáticas previamente existentes no Direito Penal. Em seguida, procura-se a solução mais justa e adequada, válida para aquele grupo de casos. Por último, insere-se esta forma de resolução no sistema, fundamentando-a de acordo com os elementos sistemáticos já existentes. Esta resolução terá validade para aquele grupo de casos específicos, que preencham as características pré-determinadas.

Daí a importância do pensamento sistemático também no sistema aberto, pois, ao contrário do que se possa pensar, ele não significa a ausência de sistematização. Ao contrário, o sistema aberto pressupõe o pensamento sistemático, mas nele não se esgota, exigindo também o pensamento problemático. Neste sentido, o sistema aberto não significa

³³⁰ Neste sentido, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal, os quais reconhecem a aplicação do princípio da insignificância a determinados casos concretos: HC nº 04809/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Melo, em 12/08/08, relativo ao crime militar de posse de substância entorpecente em ínfima quantidade, para uso próprio, no interior da organização militar; HC nº 92411/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, em 12/02/08, referente ao furto de cinco peças de roupa usadas; HC 92364/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em 02/10/07, relativo ao furto e dano qualificado de frasco de condicionador de cabelo e tubo contendo ativador de cachos, dentre outros. Também os julgados do Superior Tribunal de Justiça: Resp nº 912262/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, em 30/10/08, referente ao furto, em concurso de agentes, de materiais de higiene pessoal, em valor ínfimo; AgRg no Resp nº 1021805/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, em 28/10/08, relativo ao crime de descaminho, cujo valor do tributo sonegado era inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), adotado pela Lei nº 11.033/2004 como limite mínimo para a cobrança fiscal do débito; HC nº 80009/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, dec. 16/10/08, referente ao furto de uma caixa de ferramentas no valor de R\$ 10,00 (dez reais), dentre outros. É de se ressaltar, contudo, que os critérios para a aplicação do princípio não se encontram muito claros na jurisprudência brasileira, que com ele trabalha de forma casuística.

uma oposição radical ao sistema fechado, mas antes a sua complementação com um novo método: o método indutivo, reservado para aqueles grupos de casos com dificuldade de resolução pelas vias tradicionais do silogismo.

A grande questão que se coloca é saber até que ponto o pensamento problemático pode ser introduzido no pensamento sistemático, até então dominante na dogmática jurídico-penal.³³¹ Embora esta questão não possa ser respondida de forma definitiva, propõe-se a utilização do pensamento problemático apenas em relação àqueles grupos de casos resolvidos de forma insatisfatória pelo sistema, por gerar injustiças latentes. Para estes casos deve ser adotado o pensamento problemático, na tentativa de inserir os *topoi* resultantes deste processo dentro da dogmática penal, alcançando, com isso, maior justiça e correção na decisão.

Seria possível, na oportunidade, questionar-se acerca da utilidade da adoção do sistema aberto, uma vez que, ao menos o princípio da insignificância, utilizado como pano de fundo do exemplo citado, já encontra acolhida na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Especialmente em relação à aplicação deste princípio, tem-se que sua utilização a partir de um sistema aberto seria mais frutífera ao Direito Penal brasileiro, pois permitiria o correto agrupamento dos casos de acordo com determinadas características afins, adotando-se respostas diferentes para cada um destes grupos, segundo as suas necessidades específicas. Conhecidos os pressupostos e as consequências de aplicação do princípio para cada grupo, a sua concreção aos diversos casos práticos seria mais transparente e uniforme, porque corretamente delimitada.

Mas, mesmo para além do princípio da insignificância, é possível adotar o sistema aberto para outros grupos de casos, com o intuito de assumir uma postura mais inovadora. Assim ocorre no seguinte exemplo: Tício convida Mévia, sua ex-namorada, com a qual já havia realizado vários encontros amorosos, para com ela manter conjunção carnal, combinando dia, hora e local para o encontro. Mévia, aceitando o convite, dirige-se ao local combinado. No momento da prática do ato, contudo, Mévia acaba discutindo com

³³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 34.

Tício, pedindo para sair do local. Neste momento, é surpreendida por Tício, que a constringe violentamente à prática da conjunção carnal.

Em casos como este, partindo-se da ideia de que o crime de estupro protege a liberdade sexual da mulher, e considerando que, ao menos num momento inicial, ela manifestou o seu consentimento para a prática do ato, permitindo a ingerência de Tício na sua esfera individual de atuação, com a conseqüente lesão do bem juridicamente protegido, é possível, dentro de um sistema aberto, condenar Tício pelo crime de estupro³³², aplicando a sua pena-base em patamar abaixo do mínimo legal, desde que as circunstâncias judiciais, constantes no art. 59 do CP³³³, lhe sejam favoráveis. Isso ocorre especialmente em virtude do consentimento inicialmente manifestado por Mévia, segundo a pauta político-criminal de que o Estado deve considerar a contribuição da vítima para a verificação do resultado danoso.³³⁴

Estas são apenas proposições iniciais, que, portanto, necessitam de verificações posteriores, impossíveis de serem realizadas ao longo deste trabalho. Destaque-se, contudo, que elas são possíveis graças à inserção, na dogmática, dos valores trazidos pela política criminal, responsável por inserir o problema no sistema fechado, permitindo a sua abertura à resolução de casos concretos.

Com esta concepção pretende-se chegar mais longe, combinando a necessária consideração da política criminal com a segurança jurídica que proporciona a clareza de

³³² “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

³³³ “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

³³⁴ O consentimento do ofendido é um tema bastante amplo e debatido na doutrina. Sobre ele, vide: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra, 1991. Vide também: LUCA, Heloiza Meroto de. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 739-815. Na oportunidade, conceituou-se o consentimento do ofendido como (p. 808): “[...] a autorização manifesta, pelo portador de bens jurídicos de elevada importância, para que outrem realize uma ingerência nestes bens, em efetiva consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, apresentando por conseqüências a auto-responsabilidade da vítima e a diminuição ou exclusão da responsabilidade penal do agente”.

seu sistema. Pretende-se acomodar a política criminal no sistema, sem fazer com que o Direito Penal caia na arbitrariedade.³³⁵

Neste sentido, ao analisar o sistema proposto por Claus Roxin, Marina Pinhão Coelho afirma:

Tudo o que foi acima exposto já deixa claro que o sistema sai fortalecido da estrutura teleológica do delito, e que priorizar o vetor finalidade do sistema (que dá abertura para a política criminal) não significa destituir seus principais elementos de qualquer conteúdo que lhe foi oferecido. Muito mais do que isto, significa a criação de um procedimento padrão para que esse conteúdo possa ser extraído do contexto e das circunstâncias do fato, sem fugir do que lhe é exigido em um Estado democrático de direito, com argumentação suficientemente farta e convincente.³³⁶

Com estas proposições, busca-se integrar ambos os tipos de pensamento em um sistema penal, a fim de deixar penetrar a política criminal como critério teleológico, sem, contudo, negligenciar a sistematização necessária para a segurança jurídica.

3.2 A posição de domínio e de transcendência da política criminal

Já se conceituou a política criminal como a disciplina prático-valorativa que, com fundamento nos resultados obtidos pela criminologia, busca instrumentos para a prevenção da criminalidade, especialmente no momento de interpretação e de aplicação das normas constituídas, através da inserção de elementos axiológicos na sistematização da dogmática penal. As valorações da política criminal são responsáveis por determinar as valorações do próprio Direito Penal, pois indicam a forma e o fundamento de intervenção penal.

Conforme enunciado no início deste trabalho, não obstante a importância da influência da política criminal em sua fase legislativa, ou seja, no momento de elaboração das normas penais, é na fase subsuntiva, de concreção da norma ao fato, que ela adquire fundamental importância, pois é este o momento em que o magistrado e os demais

³³⁵ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases...*, cit., p. 265.

³³⁶ COELHO, Marina Pinhão. *Ensaio sobre a tipicidade penal objetiva em um sistema teleológico-racional*. 2006. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 88.

aplicadores do direito conhecem o verdadeiro âmbito de aplicação da norma penal. Em outras palavras, é no momento de aplicação da norma que se sabe para quais grupos de casos ela será válida. Este é, portanto, o momento em que se considera a política criminal no seio da dogmática penal.

Neste sentido, o estudo da evolução das escolas penais até o finalismo evidenciou que, por maior que tenha sido a evolução da criminologia e, com ela, da política criminal, a dogmática penal era entendida como “a barreira intransponível do Direito Penal”, pois o próprio Direito Penal era tido como “a Magna Carta do criminoso”. A política criminal não interferia no estudo da dogmática, mantendo-se como uma disciplina apartada da análise dos elementos do crime. O sistema adotado era aquele fechado, impermeável a quaisquer elementos que não as categorias ou postulados gerais próprios do Direito Penal, aqui entendido como a dogmática penal. Utilizava-se o método lógico-formal da subsunção da norma ao fato, no qual a premissa maior era a lei, a premissa menor era a conduta do agente e o resultado da subsunção era a sanção penal, sem espaço para qualquer tipo de valoração.

O início da aproximação entre política criminal e dogmática penal ocorreu com Franz von Liszt, que propugnava um estudo bipolar do Direito Penal, perseguindo o aperfeiçoamento de ambas as frentes. Sua doutrina demonstrava certa influência da política criminal na dogmática, mas a ideia permaneceu embrionária, já que o autor não explicitou como esta influência poderia ocorrer. Apesar de todo o relevo que o autor concedia à política criminal no seio da ciência conjunta do Direito Penal, a dogmática jurídico-penal continuava a ocupar o primeiro lugar na hierarquia das ciências sociais, pois era a única competente para a explicitação sistemática das normas jurídico-penais.

Para Franz von Liszt, a política criminal deveria estar limitada à função específica de revelar os caminhos da reforma penal, atuando exclusivamente na elaboração das normas penais. Ela não detinha competência para influenciar na compreensão, sistematização e, em definitivo, na aplicação destas normas.³³⁷ Por esta via, o autor

³³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 21.

preferiu continuar com o pensamento positivista dominante, separando dogmática penal e política criminal em âmbitos distintos e estanques.³³⁸

A postura de Franz von Liszt não poderia ser diferente, se considerada a escola à qual ele se filiava. O positivismo não aceitava a introdução de elementos de valoração na dogmática penal, e a pauta de um sistema pela política criminal significava a inserção de forte valoração. Tratava-se de disciplinas diferentes, com objetos, métodos e conclusões diversos. Não havia espaço para a inter-relação de conhecimentos.

Para a política criminal restava a função de, uma vez baseada nos conhecimentos da criminologia, dirigir recomendações ao legislador e propor-lhe diretivas para as reformas penais. Política criminal e criminologia não possuíam incidência direta sobre o Direito Penal, podendo alcançá-lo apenas dentro de certo ordenamento jurídico-positivo, já que permaneciam subordinadas aos seus conceitos e ao seu sistema.³³⁹

A discussão da política criminal dentro da dogmática penal foi plenamente possível a partir do funcionalismo, o qual promoveu uma volta ao estrutural, ao sociológico, através do crescente êxito das ciências sociais e da metodologia interacionista, com reflexos em vários campos do Direito Penal.³⁴⁰ O desenvolvimento das ciências sociais, especialmente da sociologia, permitiu a compreensão de que o jurídico e a sua dogmática não são algo diferente ou separado do sistema social, mas se apresentam como verdadeiros subsistemas do sistema social.³⁴¹ Da mesma forma, a política criminal não é simples ciência auxiliar do Direito Penal e da sua dogmática, mas uma ciência que atua apenas dentro dos limites que lhe são assinados pelas normas jurídicas aprovadas no Parlamento.³⁴²

³³⁸ Ao comparar o pensamento de Franz von Liszt com o de Claus Roxin, Santiago Mir Puig afirma que, enquanto o primeiro considera a política criminal como fator externo à dogmática penal, o segundo a coloca como limite interno, conferindo significado específico a cada um dos elementos sistemáticos do crime. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases...*, cit., p. 264.

³³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 29.

³⁴⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...*, cit., p. 540.

³⁴¹ Jorge de Figueiredo Dias afirma que: “O sistema jurídico-penal – constituindo embora um subsistema do sistema jurídico como um todo, o qual constitui por sua vez um subsistema do sistema social – possui de todo o modo a sua *teleologia* própria, a sua específica índole *funcional* e a sua *racionalidade* estratégica; bem podendo afirmar-se que ele é, nesta acepção e nesta medida, mais que um sistema autônomo, um sistema *autopoiético*”. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 29.

³⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 31.

A teoria das normas, tradicionalmente concebida como teoria da estrutura e interpretação normativa, ou seja, da operação lógico-formal de subsunção, atualmente se apresenta como o estudo da dinâmica normativa, ou seja, do seu processo de concreção da norma à realidade, no marco dos sistemas sociais. Também na teoria da pena se verifica uma evolução até o real, ou seja, até o homem concreto. A pena é vista não tanto como consequência jurídica de um passado, inserida na teoria das normas, mas sim como controle social e peça mestra de uma política social que se volta ao futuro.³⁴³

A política criminal ganha novos contornos, inserindo-se como critério vetor da dogmática penal, no momento de interpretação e aplicação das normas penais. Claus Roxin afirma que: “A política criminal está num peculiar ponto médio entre a ciência e a estrutura social, entre a teoria e a prática”.³⁴⁴ A política criminal é uma estratégia social que se desenvolve em meio a um sistema e está a seu serviço. Passa, portanto, a ser percebida como o norte de interpretação de todo o sistema de Direito Penal, contribuindo para a valoração dos elementos do crime – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

A valoração, sempre tão cara à dogmática penal, é possível de forma eficiente e segura, evitando-se quaisquer tipos de arbitrariedades. Do sistema fechado passa-se a um sistema aberto.³⁴⁵ Dele, exigem-se três requisitos fundamentais, quais sejam, clareza e ordenação conceitual, referência à realidade e orientação de acordo com fins político-criminais.³⁴⁶

Importantes são as palavras de Claus Roxin sobre a inter-relação entre estes dois âmbitos:

³⁴³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. op. cit., p. 541. Na doutrina nacional, Miguel Reale já atentou para o fato, o valor e a norma como as três perspectivas dominantes do Direito. Para o autor, eles se encontram em constante relação, de forma que a norma representa, para o jurista, uma integração de fatos segundo valores, ou seja, ela é a expressão de valores que vão se concretizando na condicionalidade dos fatos histórico-sociais. Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2. p. 448. Nesta concepção, pode-se afirmar que a política criminal é o instrumento responsável por fornecer os valores dominantes, os quais, refletidos na norma penal, vão se concretizando lentamente na sociedade, por meio da aplicação da norma ao suporte fático.

³⁴⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura...*, cit., p. 9. Tradução livre nossa. Texto original: “La política criminal está en un peculiar punto medio entre la ciencia y la estructura social, entre la teoría y la práctica”.

³⁴⁵ Claus Roxin afirma que “Una tal penetración de la Política criminal en el ámbito jurídico de la Ciencia del Derecho penal no conduce tampoco a un abandono o a una relativización del pensamiento sistemático, cuyos frutos en la claridad y seguridad jurídica son irrenunciables; por el contrario, las relaciones internas de un sector jurídico, que sólo pueden radicar en lo normativo, son puestas de relieve más claramente por uno deducido de abstracciones o de axiomas”. Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972. p. 77-78.

³⁴⁶ Id. *Política criminal y sistema...*, cit., p. 39.

Direito penal e Política criminal: eles não formam, como se deduz de minhas exposições, estes contrastes que tradicionalmente se apresentam em nossa Ciência. O Direito penal é antes a forma pela qual as finalidades político-criminais se transformam em módulos de vigência jurídica. Quando se estrutura a teoria do delito neste sentido teleológico, desaparecem as objeções que se formulam contra a dogmática abstrato-conceitual proveniente dos tempos positivistas. Uma desvinculação entre construção dogmática e exatidão político-criminal é, desde o princípio, impossível, e também perde seu sentido a volúvel técnica de aproveitar-se da rivalidade entre o trabalho criminológico e a dogmática jurídico-penal: pois o transformar os conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais e estas, por sua vez, em regras jurídicas de *lege lata* ou *ferenda*, é um processo, cujos estados concretos são igualmente importantes e necessários para o estabelecimento do socialmente justo.³⁴⁷

Claus Roxin adota três teses fundamentais no âmbito da política criminal. A primeira delas é a de que a política criminal apresenta destaque frente à doutrina e à criminologia, uma vez que a ela cabe definir os limites da punibilidade, e, conseqüentemente, cunhar e determinar os conceitos básicos da doutrina do fato punível, a partir das proposições político-criminais e da função que por estas lhe é assinalada no sistema.³⁴⁸

A segunda tese é a de que a função do Direito Penal é, exclusivamente, a proteção subsidiária de bens jurídicos, entendendo-os como os bens jurídico-penais, ou seja, aqueles fundamentais à vida comunitária e também ao livre desenvolvimento da pessoa, os quais devem encontrar respaldo na diretriz constitucional, seja em matéria de garantias individuais, de direitos sociais ou de organização política e econômica.³⁴⁹

Por fim, a terceira tese é a de que a aplicação das penas e das medidas de segurança deve ser comandada exclusivamente por finalidades de prevenção, especialmente de prevenção geral positiva ou de integração, e de prevenção especial positiva ou de

³⁴⁷ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema...*, cit., p. 77. Tradução livre nossa. Texto original: “Derecho penal y Política criminal: ellos no forman, como se deduce de mis exposiciones, esos contrastes que tradicionalmente se presentan en nuestra Ciencia. El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica. Si se estructura la teoría del delito en este sentido teleológicamente, desaparecerán las objeciones que se formulan contra la dogmática abstracto-conceptual proveniente de los tiempos positivistas. Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud politicocriminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática juridicopenal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias politicocriminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata* o *ferenda*, es un proceso, cuyos estadios concretos son igualmente importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo”.

³⁴⁸ Id. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 33, v. 09, jan./mar. 2001. p. 41-42.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 41-42.

socialização. A culpa, segundo a função que lhe é político-criminalmente determinada, constitui apenas condição necessária de aplicação da pena e limite inultrapassável de sua medida.³⁵⁰

Para Claus Roxin, a finalidade da pena é a prevenção positiva, nela entendida tanto a prevenção geral quanto a especial. E, quanto à prevenção geral, deve-se entendê-la não como prevenção de intimidação negativa, mas como prevenção de integração positiva. Isso significa que a principal finalidade da pena não deve ser evitar que autores em potencial cometam crimes, mas restaurar a paz jurídica, proporcionando à sociedade a confiança de que as principais regras de convivência humana podem reafirmar-se contra graves perturbações. Nesta perspectiva, o Direito Penal funciona como um fator de integração social.³⁵¹

Partindo-se da ideia de que a política criminal deve permear todos os elementos do crime, inserindo-lhe pautas de valoração teleológicas, Claus Roxin trata sobre cada categoria do sistema penal.³⁵² Na tipicidade, o princípio do *nullum crimen sine lege* adquire a expressão máxima da política criminal, vedando qualquer tipo de interpretação extensiva dos tipos penais. A relação de causalidade, verificada empiricamente, deixa de ser o único critério de imputação. Do critério meramente descritivo passa-se àquele normativo: a atribuição de determinada conduta ou resultado ao agente dependerá muito mais da adequação do fato à norma do que de uma relação causal material, verificada empiricamente.³⁵³

Neste contexto, apresenta-se de fundamental importância o risco proibido, critério de imputação criado pelo autor. Segundo ele, determinada conduta será materialmente típica apenas quando incrementar o risco acima daquele permitido nas relações sociais normais. As ações que impliquem a manutenção ou a diminuição de riscos previamente

³⁵⁰ Ibid., p. 41-42.

³⁵¹ ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura...*, cit., p. 47. Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias afirma que uma construção que parte deste princípio garante, da melhor maneira possível, a conformidade com o modelo de Estado Democrático de Direito e com o seu mais alto valor, qual seja, a dignidade humana. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Resultados y problemas...*, cit., p. 448.

³⁵² Sergio Moccia defende que as três funções político-criminais da tutela da liberdade, da solução de conflitos sociais e da finalidade de prevenção, devem, juntas, nortear cada uma das categorias do crime. Nisso difere de Roxin, para o qual a tipicidade deve ser pautada na tutela da liberdade, a antijuridicidade na solução de conflitos sociais e a culpabilidade ou responsabilidade na finalidade de prevenção. Cf. MOCCIA, Sergio. *Función sistemática...*, cit., p. 73-98.

³⁵³ ROXIN, Claus. op. cit. p. 52-53.

existentes não podem ser consideradas pelo Direito Penal, pois não se elegem sequer à categoria da tipicidade.³⁵⁴

Claus Roxin defende que a ideia do risco proibido, que fundamenta toda a teoria da imputação objetiva, só é possível quando a tipicidade é interpretada segundo critérios político-criminais. Se a tarefa do Direito Penal é evitar riscos para o indivíduo e para a sociedade moderna, o risco será proibido ou permitido levando-se em consideração a significação social do comportamento.³⁵⁵

Para o autor, também o âmbito de proteção do tipo encontra-se pautado por critérios político-criminais. Quem atua dentro do risco permitido e cujo comportamento não é abarcado pelo âmbito de proteção do tipo penal também não pode ser imputado. O limite de imputação através do âmbito de proteção do tipo ocorre, sobretudo, nos casos de autocolocação em perigo dolosa, na colocação em perigo mediante o consentimento da vítima e na ordenação no âmbito de responsabilidade do outro.³⁵⁶

Claus Roxin afirma que a antijuridicidade deve ser guiada por um número limitado de princípios político-criminais ordenadores, já que as mudanças sociais penetram na teoria do delito por meio das causas de justificação. Ao contrário do que ocorre no tipo penal, defende que, na antijuridicidade, não se pode trabalhar com a mera subsunção do fato a descrições fixadas conceitualmente. As normas impõem somente critérios de condutas, com fundamentos em determinados princípios. Desta interação entre matéria jurídica e critério de conduta resultam soluções jurídicas, classificadas de acordo com determinados grupos de casos, proporcionando a união entre a justiça trazida pela política criminal e a segurança jurídica.³⁵⁷

Em seu aspecto político-criminal, o autor afirma que o injusto assume três funções distintas: a) soluciona conflitos de interesses que derivam da interação social; b) serve como pressuposto fundamental para todas as medidas de segurança, pois nos casos de sua

³⁵⁴ Ibid., p. 52-53.

³⁵⁵ ROXIN, Claus. *La evolución...*, cit., p. 45.

³⁵⁶ Ibid., p. 62-63.

³⁵⁷ Ibid., p. 55-56.

aplicação o agente apresenta a sua culpabilidade ausente ou reduzida; e c) entrelaça o Direito Penal com todo o ordenamento jurídico e integra a suas principais valorações.³⁵⁸

Por fim, Claus Roxin ressalta que também a culpabilidade deve ser guiada pela política criminal. Considerando que a função da pena é a prevenção do crime, a culpabilidade deve assentar suas bases na ideia de prevenção geral e de prevenção especial³⁵⁹. A retribuição é substituída pela finalidade preventiva. Fala-se em responsabilidade, a qual deve conter a culpabilidade, que é a capacidade de observância e de orientação conforme a lei, e a prevenção, seja ela especial ou geral.³⁶⁰

Para Claus Roxin, a culpabilidade é o fundamento e também o limite da prevenção, e vice-versa: O autor afirma que: “Em uma tal concepção, prevenção e culpabilidade estão numa relação recíproca de delimitação”.³⁶¹ A responsabilidade não pode ser guiada apenas por critérios preventivos, pois, caso contrário, transformaria o agente em mero instrumento do Estado. Portanto, por mais que determinada conduta necessite ser evitada no seio social, o agente deve ser punido apenas se, no momento da ação, possuía a capacidade para entender a proibição e orientar-se de acordo com ela.

Da mesma forma, afirma que a responsabilidade também não pode ser conduzida somente pela culpabilidade, em virtude do vetor político-criminal da prevenção. De nada adianta o agente ser culpável, se a punição não for necessária nem para fins de prevenção geral, nem de prevenção especial. O Direito Penal só pode intervir quando trazer benefícios para a estrutura social. Caso isso não ocorra, a conduta será típica e antijurídica, mas o agente não pode ser responsabilizado.³⁶²

Daí a importância da política criminal na elaboração da dogmática penal, como critério de sistematização e de interpretação dos elementos do crime. A contribuição mais

³⁵⁸ Id. *Derecho penal...*, cit., p. 219-222.

³⁵⁹ Id. *Política criminal y estructura...*, cit., p. 46.

³⁶⁰ Claus Roxin afirma que: “El mejor camino para el apoyo de una concepción de culpabilidad, que proclame el tener que responder por la propia disposición de ser, es ciertamente aquella que renuncia a la retribución y al reproche moral contra el autor, limita el derecho penal a fines preventivos y la culpabilidad la entiende más en el sentido de una responsabilidad social”. Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura...*, cit., p. 130.

³⁶¹ Ibid., p. 48. Tradução livre nossa. Texto original: “En una tal concepción prevención y culpabilidad están en una relación recíproca de delimitación”.

³⁶² Id. *La evolución...*, cit., p. 49-50.

importante de Claus Roxin é a possibilidade da inserção de valores no sistema, através da utilização de um sistema aberto, permeado por outras disciplinas que não a jurídica, bem como a resolução dos casos de acordo com um pensamento não apenas sistemático, mas também problemático, fundamentado na criação dos *topoi*, a partir da resolução de grupos de casos concretos.

Laura Zúñiga Rodríguez também defende a integração da política criminal na dogmática penal. Para ela, o objeto da dogmática não é apenas o direito positivo, mas também as propostas de reforma deste próprio sistema, das normas positivadas e dos programas político-criminais que são coordenados com a solução penal. Esta constante “retro-alimentação” entre política criminal e dogmática penal só é possível em um método funcionalista-teleológico, pois ele comporta a extensão de seu objeto, envolvendo tanto o direito positivo (diretamente) quanto um “programa do fim” (indiretamente), proporcionando interpretações de *lege lata* e de *lege ferenda*, bem como a realização de reformas penais com fundamento nos princípios e valores constitucionais.³⁶³

Antonio Luís Chaves Camargo compartilha deste mesmo entendimento. Para ele, dogmática penal e política criminal devem caminhar unidas para reafirmar os valores vigentes, com fundamento nas garantias individuais. Isso deve ser feito não apenas na escolha dos instrumentos para prevenir a criminalidade, mas também para a elaboração das normas futuras. Defende ainda que a superação do sistema fechado e do positivismo neokantiano foi a consequência mais marcante à dogmática penal e à política criminal, pois fez surgir a necessidade da busca de novos fundamentos (aliados a uma visão político-criminal) tanto para o sistema das normas penais quanto para a fundamentação das penas.³⁶⁴

Santiago Mir Puig igualmente afirma ser de fundamental importância a união da política criminal com a dogmática penal, a fim de criar uma chamada “dogmática realista”. Para ele, é necessária a introdução de elementos valorativos no Direito Penal, o que pode ser feito apenas a partir da contemplação das necessidades sociais. Os valores que inspiram o direito positivo e a dogmática penal devem deixar de ser puramente intuitivos, buscando apoio na investigação do crime como fenômeno empírico, individual e social. Isso é

³⁶³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 155.

³⁶⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas...*, cit., p. 168-169.

possível de uma melhor forma na perspectiva funcionalista, pois, nela, a norma é considerada como o objeto de regulação de processos sociais, cumprindo, portanto, uma determinada função social.³⁶⁵

Antonio García-Pablos de Molina afirma que as críticas que se dirigem contra a dogmática, a fim de propor a sua substituição por outras alternativas, ocorrem apenas quando se concebe a dogmática no sentido do positivismo jurídico, marcada pelo sistema fechado. Estas críticas não valem para uma dogmática crítica, global, valorativa, a qual sirva de causa para fazer penetrar no sistema de Direito Penal e, conseqüentemente, no momento posterior da interpretação e aplicação da norma jurídica, as oportunas valorações derivadas da política criminal de base criminológica e interdisciplinar. Para ele, é necessária uma verdadeira ruptura das barreiras da ciência do Direito sobre as necessidades da realidade social, processo a ser realizado por uma política criminal crítica, construída sobre as bases criminológicas. Em outros termos, é necessária uma verdadeira síntese entre dogmática e política criminal.³⁶⁶

Antonio García-Pablos de Molina ainda ressalta a necessidade de construir uma política criminal sobre bases criminológicas, pois é necessário conhecer o delito para que se lute de forma eficaz contra ele. Daí a importância da influência da moderna política criminal, uma vez que ela deve conhecer as causas do crime e estar em condições de obter e formular generalizações sobre a estrutura, conexões internas e causas do fenômeno criminal.³⁶⁷

O autor resume o seu pensamento sobre a questão da seguinte forma:

O Direito Penal, desde logo, deve ser a forma na qual as finalidades político-criminais se convertem em módulos de vigência jurídica. [...] Eu não me refiro aqui à política criminal racionalista no sentido clássico, como conjunto de postulados valorativos ditados pela razão para orientação do legislador penal;

³⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases...*, cit., p. 319-320.

³⁶⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...*, cit., p. 534 - 536. O autor defende que a política criminal deve penetrar nas categorias do sistema principalmente no momento de elaboração das normas – de *lege lata* –, pois acredita não ser suficiente que se opere mediante meras correções valorativas no “posterior e já tardio”³⁶⁶ momento da aplicação da lei – de *lege ferenda*. Não obstante, de encontro ao posicionamento do autor, acredita-se que a atuação da política criminal em sua fase legislativa não pode obscurecer a enorme importância na fase subsuntiva, correspondente ao momento de interpretação e aplicação da norma penal ao caso concreto. É na fase subsuntiva que a política criminal poderá efetivar-se, comunicando-se com a sociedade, por meio dos grupos de casos concretos.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 537.

nem ao seu modelo positivista, ao estilo de V. Liszt, respeitoso sempre do sistema e para quem o Direito Penal era um mero instrumento de ordenação das liberdades e defesa delas frente ao Leviathan; eu falo, antes, de uma política criminal de base criminológica, que se compromete na contemplação dos próprios fundamentos axiológicos do sistema; que atua como poderoso instrumento de mudança e de conformação social, e que desloca o centro de gravidade, da pena – e de pensamentos jurisdicionais e policiais – ao campo da prevenção e de controles sociais. E penso, também, em uma dogmática criadora, não mera reprodução do Direito positivo, sim em vigorosa instância crítica nos três momentos cruciais de busca, interpretação e aplicação da norma.³⁶⁸

Jorge de Figueiredo Dias afirma que o aparelho conceitual da dogmática jurídico-penal deve ser determinado a partir de proposições político-criminais, de forma que cabe à política criminal definir as fronteiras da punibilidade, surgindo, portanto, como ciência transpositiva, transdogmática e trans-sistemática em face de qualquer Direito Penal positivo. A função última da política criminal consiste em servir de padrão crítico tanto do direito constituído como daquele a constituir, especialmente no tocante aos seus limites e a sua legitimação. A política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade, constituindo a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização e da descriminalização.³⁶⁹

Jorge de Figueiredo Dias traça algumas importantes consequências da posição de domínio e de transcendência da política criminal sobre a dogmática penal. A primeira delas é a de que as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal devem ser não apenas penetrados ou influenciados por considerações político-criminais, como ocorria com Franz von Liszt, mas sim determinados e cunhados a partir destas proposições, bem como da função que a elas é determinada no sistema. A segunda é a de que a política criminal se torna competente para definir os limites da punibilidade em último termo. Isso significa que todas as categorias e todos os conceitos da dogmática jurídico-penal devem

³⁶⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...*, cit., p. 537. Tradução livre nossa. Texto original: “El Derecho Penal, desde luego, ha de ser la forma en que las finalidades político-criminales se conviertan en módulos de vigencia jurídica. [...] Yo no me refiero aquí a la política criminal racionalista en el sentido clásico, como conjunto de postulados valorativos dictados por la razón para guía del legislador penal; ni a su modelo positivista, al estilo de V. Liszt, respetuoso siempre del sistema y para quien el Derecho Penal era un mero instrumento de ordenación de las libertades y defensa de éstas frente al Leviathan; yo hablo, antes bien, de una política criminal de base criminológica, que se compromete en la contemplación de los propios fundamentos axiológicos del sistema; que actúa como poderoso instrumento de cambio y de conformación social; y que desplaza el centro de gravedad, de la pena – y de planteamientos jurisdiccionales y policiales – al campo de la prevención y de los controles sociales. Y pienso, también, en una dogmática creadora, no mera reproducción del Derecho positivo, sino vigorosa instancia crítica en los tres momentos cruciales de búsqueda, interpretación y aplicación de la norma”.

³⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 42.

se apresentar funcionalmente determinados pelas finalidades eleitas pela política criminal. Dogmática penal e política criminal devem formar uma verdadeira *unidade funcional*.³⁷⁰

O autor português ressalta que esta concepção não pretende tornar a dogmática penal uma ciência interdisciplinar, pois isso não se adequaria nem à teleologia e nem à funcionalidade próprias da dogmática jurídico-penal. A dogmática é e deve permanecer como aplicação do direito, dotada dos seus pressupostos metodológicos específicos e comandada pelas suas finalidades prático-normativa autônomas.³⁷¹

Daí a importância da política criminal na elaboração da dogmática penal, como critério de sistematização e de interpretação dos elementos do crime. A sua contribuição mais importante é a possibilidade da inserção de valores no sistema, através da utilização de um sistema aberto, permeado por outras disciplinas que não a jurídica, bem como a resolução dos casos de acordo com um pensamento não apenas sistemático, mas também problemático, fundamentado na criação dos *topoi*, a partir da resolução de grupos de casos concretos.

Cabe, portanto, à política criminal, transcender à dogmática penal, influenciando diretamente em sua sistematização por meio do fornecimento de vetores valorativos, com reflexos diretos na interpretação e consequente aplicação da norma penal ao caso concreto. Isso permite maior concreção da norma ao fato, contribuindo para a efetividade das leis penais.

³⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 41-42. O autor afirma o seguinte: “A concepção aqui exposta quer significar, simples e precisamente, que a extensão, o sentido e a aplicação do direito penal ficam em última análise dependentes da *teleologia*, das *valorações* e das *proposições político-criminais inerentes ao sistema*. Nesta aceção se pode concluir que o problema, tal como deve ser hoje solucionado, das relações entre política criminal e dogmática jurídico-penal não é, como muito certamente assinalou Zipf, o da introdução de um âmbito no outro, mas uma questão de otimização da colaboração entre ambos; e que por isso, melhor do que uma unidade sistemática, como pretende Claus Roxin, será falar de uma unidade cooperativa ou de uma unidade funcional entre as duas disciplinas”. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral...*, cit., p. 35-36.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 22-23.

3.3 Análise de algumas críticas doutrinárias

Não são poucas as críticas tecidas pela doutrina à posição de domínio e transcendência da política criminal sobre a dogmática penal. A principal delas diz respeito à retirada da segurança jurídica da aplicação do sistema. Neste sentido, a inserção de elementos valorativos na dogmática penal possibilitaria o arbítrio estatal, uma vez que a política criminal poderia abrigar diversas orientações, indo desde o respeito às garantias individuais típicas do Estado Democrático de Direito até a fundamentação de regimes totalitários, em completo desrespeito à dignidade humana. A opção por uma ou por outra política criminal não poderia ser dotada de validade científica.

Sérgio Salomão Shecaira posiciona-se dentre os críticos. Afirma ser contra a inserção de elementos valorativos, cunhados pela política criminal, no âmbito da dogmática penal. Na visão do autor, a criminologia, a política criminal e a dogmática jurídico-penal são âmbitos autônomos, ligados em virtude do processo de realização da Justiça penal em uma unidade teológico-funcional, de forma que quaisquer movimentos que atentem contra as garantias individuais devem ser afastados. Sua maior preocupação reside em assegurar o Estado Democrático de Direito, o qual deve ser limitado por proibições que garantam ao indivíduo a inviolabilidade de direitos pré-políticos, tais como as garantias individuais. Neste sentido, os princípios do Estado Democrático de Direito devem apontar para programas de descriminalização e redução da intervenção punitiva estatal.³⁷²

Para que se evite a adoção, pelo Estado, de políticas criminais de cunho totalitário, em frontal desrespeito às garantias individuais, defende-se, na oportunidade, ao encontro do pensamento de Claus Roxin, uma política criminal a serviço da limitação do *ius puniendi* do Estado e da proteção das garantias individuais, ou seja, o respeito ao Estado Democrático de Direito. As garantias individuais não podem ser esquecidas para a

³⁷² SHECAIRA, Sérgio Salomão. Pena e política criminal..., cit., p. 321-334.

repressão e prevenção do crime.³⁷³ Isso é feito exatamente para evitar que posturas totalitárias restem legitimadas pela chamada “política criminal” do Estado.

Entende-se, com Claus Roxin, que a função primordial do Direito Penal é converter os postulados e fundamentos do Estado Democrático de Direito, assegurados em suas respectivas constituições, na base de decisão para uma vastidão de problemas jurídicos individuais, a partir dos princípios fundamentais da política criminal, inserindo-os no contexto sistemático da dogmática penal.³⁷⁴

Neste sentido, as garantias individuais, especialmente aquelas positivadas no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil,³⁷⁵ devem servir de norte para a sistematização do Direito Penal, e para a interpretação de cada um de seus elementos dogmáticos. Some-se a isso o fato de que, para Claus Roxin: “o desenvolvimento dos princípios político-criminais não pode se separar dos critérios legislativos”.³⁷⁶

Se, por um lado, a política criminal é extra-sistemática em relação ao Direito Penal, por outro lado ela é intra-sistemática em relação à concepção do Estado. Em outras palavras, ela deve ser imanente ao próprio sistema jurídico-constitucional. As finalidades e as proposições político-criminais devem ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição do Estado.³⁷⁷

A proposta fundamental de Claus Roxin de colocar a dogmática jurídico-penal a serviço da política criminal adquire, portanto, uma notável solidez, pois abre as portas à possibilidade de uma fundamentação jurídico-constitucional de todo o conjunto.³⁷⁸

³⁷³ Zúñiga Rodríguez coloca os princípios da legalidade, proporcionalidade, subsidiariedade, culpabilidade e lesividade como limites da política criminal. Cf. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 155.

³⁷⁴ ROXIN, Claus. Contestación. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (ed). *Política criminal...*, cit., p. 38.

³⁷⁵ Chaves Camargo também destaca o art. 1º da nossa Magna Carta, relativo aos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade humana, os valores do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Cf. CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Bases do direito penal...*, cit., p. 88.

³⁷⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema...*, cit., p. 65-66. Tradução livre nossa. Texto original: “el desarrollo de los principios politicocriminales no se puede separar de los criterios legislativos”.

³⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 43.

³⁷⁸ MIR PUIG, Santiago. Laudatio. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch, 1997. p. 33.

Esta política criminal coloca como objetivo do Direito Penal a criação de um sistema de regras que facilite aos cidadãos uma convivência protegida e o livre desenvolvimento da personalidade. Isso significa que devem ser suprimidas as privações de liberdade que não sejam uma condição indispensável para a coexistência pacífica dos indivíduos. O Direito Penal poderá ser empregado apenas quando a paz social não puder ser restabelecida com medidas menos incisivas, por se tratar do meio de reação jurídica mais severo. Deverá, portanto, continuar com o seu caráter subsidiário.³⁷⁹

Outra crítica que se faz em relação à concepção político-criminal da dogmática penal diz respeito a sua indeterminação. Sobre ela, Claus Roxin afirma que o intérprete não pode impor a sua própria política criminal àquela que se encontra presente no direito vigente. Sua tarefa primordial é a de trazer as intenções político-criminais do legislador, a serem extraídas do próprio ordenamento jurídico, principalmente do Código Penal, e aproveitá-las no trabalho interpretativo.³⁸⁰

Embora deva ser refletida, entende-se que esta crítica não apresenta força suficiente para suplantiar a ideia da inserção de elementos da política criminal na dogmática penal, uma vez que o respeito às garantias individuais continuam a ser o norte do Direito Penal. Estas proposições devem apenas servir para cautela, por parte do juiz e dos aplicadores do direito, na apreensão dos valores político-criminais constantes na norma, e não para rechaçar todo o sistema teleológico-funcional com base na orientação político-criminal.

Portanto, não obstante a pertinência dos questionamentos realizados, os quais inclusive podem contribuir para o aperfeiçoamento da matéria, tem-se que eles são respondidos de forma suficiente pela doutrina, de modo a não constituir maiores entraves à adoção da política criminal como critério de valoração da dogmática penal, no momento da interpretação e concreção das leis penais ao caso concreto.

³⁷⁹ ROXIN, Claus. Contestación. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (ed). *Política criminal...*, cit., p. 37.

³⁸⁰ Id. *Estudios de derecho penal...*, cit., p. 64.

3.4 As garantias individuais como limites à influência da política criminal sobre a dogmática penal

Já se afirmou, com Claus Roxin, que a função primordial do Direito Penal é converter os postulados do Estado Democrático de Direito em fundamentos para a decisão das questões jurídicas concretas, o que deve ser feito por meio da inserção dos vetores de orientação da política criminal no contexto sistemático da dogmática penal.³⁸¹ Isso significa que, não obstante a importância da política criminal, ela não pode influir de forma desarmônica ou excessiva na elaboração da dogmática penal, encontrando seus limites nas garantias individuais que compõem o Estado Democrático de Direito. Estas garantias funcionam como freios da força exercida pela política criminal sobre o intérprete da norma, garantindo a harmonia e coerência do sistema dogmático.³⁸²

Juan Ignacio Piña Rochefort assinala que as garantias individuais são formas institucionalizadas das expectativas sociais dirigidas ao sistema jurídico-penal, de modo que o seu desrespeito significa a perda de legitimidade do próprio Direito Penal para a resolução dos conflitos sociais. Em sua visão, a finalidade preventiva da pena não pode ser alcançada sem mais pelo funcionalismo. Ela poderá ser por ele recepcionada apenas se contiver, em seu âmago, o respeito a estas garantias.³⁸³

Daí a importância de se traçar alguns limites fundamentais à influência da política criminal no momento da interpretação e consequente aplicação das normas penais ao caso

³⁸¹ ROXIN, Claus. Contestación. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (ed). *Política Criminal...*, cit., p. 38.

³⁸² No mesmo sentido manifesta-se Antonio Luis Chaves Camargo, ao afirmar que: “O direito penal, na sociedade contemporânea, deve ter seus fins claramente fixados para legitimar-se diante do sério problema da criminalidade difusa que atinge todas as pessoas, indiscriminadamente, causando até um desajuste organizacional na sociedade. Os limites desta intervenção se encontram nos direitos humanos, que decorrem, como explicitado, da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito”. Cf. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito*. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. São Paulo: Método, 2001. p. 80.

³⁸³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación..., cit., p. 256-265. Neste sentido (p. 293): “De este modo, las estructuras de legitimidad otorgan coherencia a las operaciones del sistema y así, ante diversas comunicaciones subsumibles bajo un mismo código, el sistema no requiere preguntarse por la conveniencia o no de una determinada selección, sino simplemente enlaza con una respuesta predefinida. Esa pre-definición es precisamente la que la dota de legitimidad, pues en ella confluyen todas las expectativas comprometidas, tal como el sistema lo ha establecido con antelación. Cuando estas estructuras operan, el sistema se orienta a cabalidad al cumplimiento de su función y se reducen al máximo las antinomias entre garantía y prevención. De hecho, las garantías de las personas son la prevención respecto de la operación del sistema”.

concreto, pois esta atividade gera importantes reflexos na sistematização e composição da dogmática penal, objeto deste trabalho.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes afirma que a aplicação do direito por meio de princípios permite a valorização do caso concreto, uma vez que abre mão de determinada parcela de rigor, generalidade e abstração, a fim de se transformar num direito do caso concreto:

Com isso, é possível observar que a interpretação do direito por meio de princípios apresenta uma consequência paradoxal: aquilo que era extremamente abstrato a ponto de não conter uma descrição legal de comportamento, necessita, para que gere efeitos no ordenamento, de seu encontro direto com o fato da vida, que desta forma substitui a descrição legal ausente.³⁸⁴

Este paradoxo é extremamente frutífero à atuação da política criminal no momento de interpretação da norma e consequente aplicação ao caso concreto. Como as garantias individuais apresentam um conteúdo axiológico de cunho altamente abstrato, elas aceitam um grande leque de valores trazidos pela política criminal, permitindo a adoção desta ou daquela política pelo aplicador do Direito, de acordo com as orientações trazidas pelo Estado. Entretanto, se considerados em relação ao caso concreto, estes princípios e estas garantias são capazes de excluir aqueles posicionamentos político-criminais que afrontam os seus postulados.

As garantias individuais são, portanto, adequadas para a limitação da política criminal adotada pelo Estado não apenas na fase de elaboração legislativa, mas especialmente no momento de concreção destas normas ao caso concreto. Por não serem fechadas e estritamente determinadas – como ocorre com as normas inferiores – elas permitem o grande conteúdo valorativo trazido pela política criminal. Por outro lado, por se apresentarem com hierarquia superior – seja ela formal ou substancial – são capazes de limitar a carga valorativa trazida pela política criminal, permitindo apenas as valorações que sejam compatíveis com os seus ditames.

O respeito às garantias individuais é fundamental não apenas na fase de elaboração legislativa, mas especialmente naquela de aplicação da lei penal ao caso concreto, já que,

³⁸⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57.

também neste segundo momento, a orientação político-criminal adotada pelo Estado influencia sobremaneira o aplicador do Direito. A interpretação da norma com vistas ao quadro valorativo atribuído pela política criminal deve passar pelo crivo da constitucionalidade da medida, para que possa integrar as categorias ou elementos do crime e, desta forma, compor o sistema dogmático-penal.

Dentre as inúmeras garantias individuais que fundamentam o Estado Democrático de Direito, servindo de limite para a influência da política criminal no âmbito da dogmática penal, há que se destacar, inicialmente, a dignidade humana, uma vez que, nos dizeres de Antonio Luis Chaves Camargo, ela é “a fonte de todos os direitos humanos, pois exerce a função de base destes direitos, servindo de conexão entre o ser e seu agir social”.³⁸⁵

A dignidade humana encontra-se expressamente prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil³⁸⁶, e foi eleita como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, orientando a elaboração das demais garantias individuais. Representa o próprio ser que, entendido como pessoa dotada de competência comunicativa, integrante, portanto, de determinado grupo social, merece o respeito não apenas dos demais integrantes, como do próprio Estado, independentemente de qualquer atributo de ordem pessoal.³⁸⁷

No Estado Democrático de Direito, a dignidade humana concretiza-se por meio das relações sociais, através do âmbito de interferência que cada um permite ao outro, desde

³⁸⁵ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Direitos humanos e direito penal...*, cit., p. 74. Neste sentido, Mariângela Gama de Magalhães Gomes afirma que: “A concepção substancial que é conferida ao Estado Democrático de Direito, expresso na Constituição brasileira, implica que a sua política criminal, que tem como fundamentos a liberdade e a dignidade humana, não pode considerá-las a ponto de converter as pessoas em meros instrumentos ou sujeitos de tutela. O ponto de partida é, pois, a relação livre destas com o sistema, sendo este composto por um Estado a serviço do indivíduo e voltado para a sua felicidade, a pessoa reconhecida como ente autônomo e sujeito de direitos e garantias. Pode-se dizer, com isto, que o programa político criminal deve estar dirigido a propiciar o máximo de liberdade para os indivíduos”. Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, cit., p. 57. Pode-se, contudo afirmar, dentro de uma visão teleológica do Direito Penal, mas sem se esquecer do respeito às garantias individuais, que o programa político criminal deve estar dirigido a propiciar os fins políticos perseguidos pelo Estado, desde que os instrumentos utilizados para tanto propiciem o máximo de liberdade possível aos indivíduos, respeitado sempre o conteúdo mínimo exigido para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

³⁸⁶ Embora o texto constitucional se refira à expressão “dignidade da pessoa humana”, adota-se, na linha de Janaína Conceição Paschoal e também de Antonio Luís Chaves Camargo, a expressão “dignidade humana” para designar esta garantia, uma vez que a expressão constitucional apresenta-se redundante. Cf. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Direitos humanos e direito penal...*, cit., p. 74.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 74.

que respeitadas as normas éticas de comportamento. Ela exclui a visão paternalista do ser, como integrante de um grupo, para transformá-la numa consideração racional concreta de cada um no desenvolvimento social, segundo a competência comunicativa e valorativa de seu próprio grupo.³⁸⁸

Antonio Luis Chaves Camargo afirma que, entendida em seu agir comunicativo, a pessoa deve ser considerada como verdadeiro reflexo de seu mundo vivido, com a conseqüente necessidade de uma ética plural. Esta ética deve ser reconhecida no momento da concretização das garantias individuais e, por meio de um consenso racional, possibilitar a legitimação normativa, especialmente aquela referente ao Direito Penal. As garantias individuais devem ser interpretadas de acordo com a valoração que cada grupo social lhe atribui, tornando-se positivas para todos os membros deste mesmo grupo, respeitada, contudo, a valoração da minoria.³⁸⁹

Helena Regina Lobo da Costa afirma que, no Direito Penal, a dignidade humana adquire ainda maior relevância, pois o Direito Penal é o ramo do Direito com maior ingerência sobre as garantias individuais. Isso faz com que o Direito Penal seja o meio mais poderoso para a tutela desta dignidade e, contraditoriamente, também a maior ameaça a ela.³⁹⁰

Para a autora, a dignidade humana pode incidir no Direito Penal como fundamento jurídico, como postulado normativo e como princípio. Como fundamento jurídico, a dignidade humana postula que o Direito Penal deve ter como centro de preocupação a pessoa e sua dignidade, as quais devem permear todos os seus âmbitos, preenchendo-os de conteúdo material. A dignidade humana indica, desta forma, alguns dos critérios para o estabelecimento dos fins tuteláveis pelo Direito Penal, bem como dos meios que ele pode empregar para chegar aos fins. Como postulado normativo, a dignidade humana constitui o critério material de interpretação das normas penais, sejam elas materiais ou processuais. Por fim, como princípio aplicável ao Direito Penal, a dignidade humana determina, diretamente, a adoção de certos comportamentos e princípios de maior concretude que

³⁸⁸ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Direitos humanos...*, cit., p. 74.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 74.

³⁹⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 59.

operacionalizam a sua aplicação, os quais se mostram essenciais para a caracterização de um Direito Penal adequado ao Estado Democrático de Direito.³⁹¹

Laura Zúñiga Rodríguez elege a humanidade como princípio reitor da própria política criminal, que deve ter por objetivo final o respeito às garantias individuais. Isso é feito para evitar que a política criminal seja orientada exclusivamente conforme os interesses do Estado, numa concepção autoritária de governo. A opção pelo respeito ao conteúdo essencial das garantias individuais centradas na dignidade humana impõe caráter a toda a política criminal, pois deslegitima a adoção de instrumentos penais que, embora idôneos, oportunos e necessários, desrespeitem o valor da dignidade humana.³⁹²

Políticas criminais que, em sua finalidade preventiva, consideram determinadas pessoas como “inimigos”³⁹³ da sociedade ou do Estado, ou ainda como “objetos” ou “coisas”, destituindo-as de sua dignidade, não podem ser admitidas pelo intérprete da norma penal, sob pena de colocar em risco o próprio Estado Democrático de Direito. O ser humano, pelo simples fato de nascer como tal, é dotado de garantias que não podem ser destituídas por finalidades político-criminais de prevenção – seja ela positiva ou negativa, geral ou individual – ou de manutenção da ordem ou da paz da sociedade. Nada obsta que o Estado eleja tais finalidades como nortes valorativos para o trabalho do Direito Penal – nele incluída a dogmática penal. Basta que o faça sempre em respeito à dignidade humana, fonte geradora de todas as demais garantias individuais.

A busca pelo respeito à dignidade humana é especialmente relevante na atual sociedade, marcada pelo tecnicismo e pelo dinamismo das relações sociais, bem como pela segregação social. Neste processo, a pessoa passa a ser vista como um número, sem rosto, sem contrastes. O próprio Estado Democrático de Direito, composto pela busca substancial das garantias individuais, é visto como um mecanismo de privilégio das classes mais altas sobre as mais baixas, pois estas últimas geralmente não têm acesso aos instrumentos de promoção da Justiça, a qual permanece reservada àqueles que por ela podem pagar. Tudo isso contribui para que a dignidade humana passe ao largo destas relações, uma vez que as

³⁹¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana...*, cit., p. 59-67. Dentre estes princípios, a autora destaca o da culpabilidade e o da humanidade das penas.

³⁹² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 179.

³⁹³ Cf. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

pessoas não mais são tidas como “humanas”, mas como simples instrumentos de um processo econômico-social.³⁹⁴

Dentre as garantias decorrentes da dignidade humana, merece destaque, primeiramente, o princípio da legalidade, constante no art. 5º, II, da Constituição Federal, refletido na esfera penal por meio do princípio da legalidade estrita, constante no inciso XXXIX deste mesmo dispositivo constitucional e também no art. 1º do Código Penal Brasileiro.

O princípio da legalidade é uma conquista evolutiva que surgiu a partir da necessidade de limitar o poder do soberano, o qual não conhecia outros limites que não os próprios desígnios de sua vontade, como vínculo de Deus com os homens e depositário de seu poder na Terra. O princípio da legalidade como garantia do poder liberal significa que o cidadão, ao atuar, conta com uma lei vigente no momento de sua atuação, sobre as condutas que constituem crimes, bem como sobre as penas cominadas. A lei deve determinar estas condutas, evitando cláusulas gerais que gerem incerteza a respeito das proibições.³⁹⁵

Como garantias derivadas do princípio constitucional da legalidade, fala-se em reserva legal, taxatividade e irretroatividade da lei penal. Pela reserva legal, o poder punitivo do Estado permanece circunscrito aos limites da lei, de forma que tanto o delito quanto a pena devem estar previstos por meio dela, em sentido formal. A taxatividade, por sua vez, limita a discricionariedade do órgão judicial quando da aplicação da lei penal, uma vez que as normas penais devem ser dotadas do máximo de clareza e de determinação possível. Por fim, a garantia da irretroatividade coloca que apenas a lei anterior ao fato pode estabelecer o que seja crime, bem como a pena aplicável.³⁹⁶

³⁹⁴ Neste sentido, Teresa Pires do Rio Caldeira afirma que: “[...] o Brasil tem uma democracia disjuntiva que é marcada pela deslegitimação do componente civil da cidadania: o sistema judiciário é ineficaz, a justiça é exercida como um privilégio da elite, os direitos individuais e civis são deslegitimados e as violações dos direitos humanos (especialmente pelo Estado) são rotina. Essa configuração específica não ocorre em um vácuo social e cultural: a deslegitimação dos direitos civis está profundamente enraizada numa história e numa cultura em que o corpo é incircunscrito e manipulável, e em que a dor e o abuso são vistos como instrumentos de desenvolvimento moral, conhecimento e ordem. Essa configuração específica nos permite sugerir que a lógica cultural e política que cria corpos incircunscritos não é a mesma lógica que gera o indivíduo circunscrito na tradição liberal da cidadania”. Cf. CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/EDUSP, 2000. p. 375.

³⁹⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación..., cit., p. 214.

³⁹⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, cit., p. 32-34.

Especialmente em relação ao Direito Penal, a maior garantia de caráter político derivada da adoção do princípio do Estado de Direito é a legalidade dos delitos e das penas, pois ela impede que a condenação penal seja utilizada como simples instrumento de perseguição política ou de humilhação. Além de assegurar a predeterminação do direito, o princípio da legalidade garante que a sua produção seja realizada por órgãos substancialmente legitimados para tanto. Ao vincular o juiz a uma regra preexistente, o Estado consolida a distribuição do poder punitivo nas mãos de órgãos legitimados para a produção do direito.³⁹⁷

A função primordial do princípio da legalidade é a possibilidade do conhecimento prévio e determinado, pelos destinatários da norma penal incriminadora, das condutas jurídico-penalmente relevantes e, portanto, proibidas.³⁹⁸ Laura Zúñiga Rodríguez afirma que, ao apresentar um fundamento político, segundo o qual o Parlamento é o órgão autorizado a definir crimes e estabelecer sanções penais, e outro científico, de que a lei penal deve expressar a conduta proibida para que os cidadãos se motivem frente a ela, ele constitui o limite mais importante do poder de punir do Estado.³⁹⁹

O princípio da legalidade adquire relevada importância no momento da concreção da norma ao fato pelo aplicador do Direito, uma vez que é o critério axiológico responsável pela limitação da discricionariedade do magistrado, fazendo com que ele se oriente de acordo com o texto normativo legal. Isso significa que os fatos que não se encontram dentro do âmbito de proteção do tipo penal não podem ser por ele abarcados.

Ao tratar do princípio da legalidade, Rosa Maria Cardoso da Cunha assinala que a sua principal função é a de atuar como “condição retórica de sentido”, uma vez que ele não cumpre as funções sistemática, hermenêutica e de garantia que lhe são assinaladas pelo pensamento dogmático. Ao contrário do discurso científico, integrado por enunciados dos quais é possível predicar o valor verdade, a partir da correspondência ou não à realidade,

³⁹⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, cit., p. 31.

³⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Legalidade e tipo em direito penal. In: *Escritos em homenagem a Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 217.

³⁹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal...*, cit., p. 181. Em sua obra, a autora classifica os princípios da subsidiariedade, humanidade e eficácia como reitores da política criminal, e os princípios da legalidade, proporcionalidade estrita, lesividade, culpabilidade, ressocialização, humanidade das penas, reconhecimento das vítimas e cooperação internacional como reitores do *ius puniendi* do Estado.

no discurso jurídico a verdade identifica-se com as crenças, opiniões e valorações que se estabelecem sobre os objetos ou situações do mundo, formando um saber que tem valor persuasivo. A pauta de referência do discurso jurídico não é, portanto, a verdade, mas a verossimilhança. Seus enunciados exigem uma adequação a certos princípios ideológicos, denominados “condições retóricas de sentido”.⁴⁰⁰

No Direito Penal, a autora afirma que as condições retóricas de sentido são formadas a partir de determinadas crenças, dentre as quais destaca:

1) Que existe um legislador racional produzindo um sistema jurídico coerente, econômico, preciso, etc.; 2) que o ordenamento jurídico não possui contradições e redundâncias e, especificamente, o direito penal não exhibe lacunas; 3) que a ordem jurídica é finalista, justa, e protege, indistintamente, os interesses de todos os cidadãos; 4) que o julgador é, axiologicamente, neutro enquanto decide, portanto não há arbítrio na aplicação da Justiça; 5) que o julgador, no direito penal, busca a verdade real e não o preferível do ponto de vista valorativo.⁴⁰¹

Afirma, portanto, que estas crenças são plasmadas em princípios, tais como os da culpabilidade, da presunção de inocência, da legalidade formal, da irretroatividade da lei penal, da legalidade estrita e da proibição da analogia *in malam partem*, dentre outros. Estes princípios representam limites às possibilidades argumentativas no Direito Penal.⁴⁰²

Rosa Maria Cardoso da Cunha afirma que, muito embora o aplicador do Direito recorra sempre a elementos estranhos à legislação penal escrita no seu processo de interpretação, ele racionaliza este processo por meio da condição retórica de sentido, procurando descaracterizá-lo como tal. Esta racionalização é promovida por meio do princípio da legalidade, o qual passa a legitimar, retoricamente, a explicação invertida de um processo de constituição de sentidos.⁴⁰³

Deste modo, é possível depreender que a própria forma de interpretação do tipo, bem como a sua correspondência com o fato concreto, é variável de acordo com os valores sociais existentes em cada sociedade, constante em épocas históricas igualmente diferentes. Daí a importância da influência da política criminal como vetor de interpretação dos tipos

⁴⁰⁰ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 115-117.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 118.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 118-119.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 123.

penais, pois ela fornece critérios efetivos, concretos e atuais para a concreção do fato à norma penal.

Rosa Maria Cardoso da Cunha também destaca o caráter político do princípio da legalidade. Para ela, além de ser um importante critério pragmático de sentido, o referido princípio apresenta uma especial dimensão política, pois, na esfera jurídica, cria o efeito de reprodução do Estado Liberal, com a conseqüente substituição do privilégio pela ideia de contrato; pelo respeito às garantias individuais, traçando limites ao próprio poder; e pela afirmação da igualdade e do caráter universal destes direitos. O princípio da legalidade cumpre a função político-retórica de socializar a existência de um modelo jurídico-liberal no qual o direito oferece certeza, segurança, liberdade e igualdade aos cidadãos, seja no momento da elaboração da lei ou na sua invocação pelo magistrado.⁴⁰⁴

Claus Roxin afirma que a função político-criminal primordial da tipicidade penal é a de concretizar o princípio da legalidade.⁴⁰⁵ Isso significa que toda e qualquer orientação político-criminal adotada pelo intérprete normativo deverá respeitar este princípio, uma vez que ele é o conteúdo último da própria tipicidade penal, ou seja, de sua razão de existir.

Entendido nesta acepção, para que a dogmática penal possa ter maior contato com a realidade, especialmente em relação aos fenômenos da atual criminalidade, produto da sociedade moderna, o princípio da legalidade deve ser entendido não na sua acepção clássica, como pura forma de limitação da atuação dos Poderes Públicos sobre os indivíduos, mas em sua concepção funcional, entendido como o limite ou contraponto da atuação da política criminal no momento de interpretação e aplicação legislativa, pelo aplicador do direito.

Isso pode ser ilustrado a partir do seguinte exemplo: Tício, exímio falsificador de moedas, resolve fabricar dezenas de cédulas no valor de cem reais cada uma, distribuindo-as gratuitamente, por dois anos consecutivos, aos rufiões exploradores da prostituição infantil do Recife, sob a condição de que os mesmos não mais submetam adolescentes à prostituição infantil. Ao julgar Tício pelo crime de moeda falsa, o magistrado constata, a partir de estatísticas criminológicas, que, na época em que as cédulas foram por ele

⁴⁰⁴ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, cit., p. 123-125.

⁴⁰⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema...*, cit., p. 43-53.

distribuídas, a prostituição infantil diminuiu mais de cinquenta por cento na cidade, em decorrência da conduta de Tício, ante o exercício de outras atividades pelos antigos rufiões.

Pela acepção clássica do princípio da legalidade, o magistrado necessariamente deve punir Tício pelo crime de moeda falsa, em virtude da prática da conduta prevista no art. 289 do Código Penal Brasileiro⁴⁰⁶, pois tanto a sua conduta quanto a pena correspondente encontram-se previamente determinadas por uma norma prévia e válida, integrante, portanto, do ordenamento jurídico.

Não obstante, pela concepção funcional do princípio da legalidade, o magistrado pode deixar de punir Tício por sua conduta, caso a prevenção do crime de exploração da prostituição infantil, previsto no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁰⁷, seja tomada como importante pauta político-criminal do Estado Brasileiro, relevante o bastante a ponto de impedir a incidência do tipo de moeda falsa no caso em apreço. Esta medida pode ser tomada pelo magistrado ainda que Tício não seja movido por motivos altruístas, uma vez que o Direito Penal há muito se desvinculou de postulados éticos ou religiosos.

Jorge de Figueiredo Dias também fala na necessidade de uma nova concepção do princípio da legalidade, a qual seja apta para entender e resolver os problemas da atual criminalidade:

Não é preciso nem porventura é conveniente apegar-nos, como a lapa ao rochedo, ao paradigma penal filho da pura racionalidade cartesiana, antes podemos defrontar com plena liberdade de espírito os afeiçoamentos ou mesmo

⁴⁰⁶ “Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro: Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa. § 1º - Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa. § 2º - Quem, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade, é punido com detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 3º - É punido com reclusão, de três a quinze anos, e multa, o funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão: I - de moeda com título ou peso inferior ao determinado em lei; II - de papel-moeda em quantidade superior à autorizada. § 4º - Nas mesmas penas incorre quem desvia e faz circular moeda, cuja circulação não estava ainda autorizada”.

⁴⁰⁷ “Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual: Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa. § 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo. § 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento”.

as alterações que venha a sofrer na sociedade nova que se anuncia e na qual hão-de viver as gerações futuras. Por isso também o princípio da legalidade (repto: como conquista irrenunciável de civilização e de humanismo) deve preparar-se para subsistir; para subsistir, porém, não ao nível de uma espécie de direito natural clássico, rígido e imutável, mas de um direito natural em devir, que se vai enriquecendo e transformando com as aportações que servem uma mais perfeita definição, uma maior capacidade para exercer a sua precípua função no seio de uma sociedade cada vez mais complexa, mas que se quer simultaneamente cada vez mais virada para o Homem e para a humanização do Mundo e da História.⁴⁰⁸

Especialmente em relação à fase de aplicação da lei, tem-se que o princípio da legalidade penal envolve um momento inicial de pura subsunção lógico-formal, de modo que o texto da lei de incriminação constitui um limite absoluto de toda a tarefa de aplicação. Desta maneira, o princípio desempenha a função político-criminal de garantia absoluta que lhe cabe no quadro do Estado Democrático de Direito. Após este momento de subsunção do fato à norma penal, a fim de compor o tipo penal, a dogmática não mais se encontra submetida a qualquer outra exigência formal-subsuntiva, devendo ser completamente integrada na orientação metodológica que se afigure como a mais correta e funcional, através do sistema aberto, por meio do pensamento do problema, sem, contudo, esquecer da existência de um sistema, conforme anteriormente discutido.⁴⁰⁹

Outro importante princípio limitador da interferência da política criminal no seio da dogmática penal, com vistas à interpretação e aplicação das normas penais ao caso concreto, é o princípio da proporcionalidade, pois, ao lado da dignidade da humana e da legalidade, ele se apresenta como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.⁴¹⁰ Na acepção de Teresa Aguado Correa:

Em um Direito de intervenção, como o é o Direito penal, as garantias do Estado de Direito desempenham a função de condicionar as ingerências e sua intensidade a determinados pressupostos, assim como a função de minimizar-las e controlar-las. Neste contexto, pode-se afirmar que o princípio central é o da proporcionalidade das intervenções, que devem ser necessárias e adequadas para conseguir seu objetivo e também devem ser razoáveis e proporcionais em cada caso.⁴¹¹

⁴⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Legalidade e tipo em direito penal..., cit., p. 215.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 216.

⁴¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade..., cit., p. 63.

⁴¹¹ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999. p. 113. Tradução livre nossa. Texto original: “En un Derecho de la intervención como lo es el Derecho penal, las garantías del Estado de Derecho han desempeñado la función de condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos, así como la función de minimizarlas y controlarlas. Y en este contexto, se puede afirmar que el principio central es el de la proporcionalidad de las intervenciones, que deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso”.

Embora não esteja previsto de forma expressa na Constituição Federal Brasileira, referido princípio norteia a própria hermenêutica constitucional, permeando todo o ordenamento jurídico.⁴¹²

Para Mariângela Gama de Magalhães Gomes, o princípio da proporcionalidade tem seu principal campo de atuação no âmbito das garantias individuais, uma vez que se mostra como importante critério valorativo constitucional de determinação das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, para a consecução dos fins deste último. O princípio da proporcionalidade protege o indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o estritamente necessário para a proteção dos interesses públicos.⁴¹³

O princípio da proporcionalidade é fracionado nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade (em sentido estrito). Em linhas gerais, a adequação pode ser entendida como o controle de viabilidade para se alcançar o fim almejado por determinado meio; a necessidade como a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objetivo da restrição; e a proporcionalidade como a manutenção de um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins perseguidos.⁴¹⁴

Para Teresa Aguado Correa, o subprincípio da adequação requer que o Direito Penal seja apto para a tutela do bem jurídico, bem como que a medida adotada – pena ou medida de segurança – seja adequada para conseguir a finalidade perseguida. O subprincípio da necessidade concretiza-se, por um lado, com a exclusiva proteção de bens jurídicos, e, por outro, no princípio da intervenção mínima, juntamente com os postulados que a integram, quais sejam, o da *ultima ratio* e do caráter fragmentário do Direito Penal. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito coincide com a proporcionalidade na aplicação das penas e das medidas de segurança.⁴¹⁵

⁴¹² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, cit., p. 61-72. A autora apresenta como fontes constitucionais do princípio da proporcionalidade o Estado Democrático de Direito, o significado constitucional de “pena”, a justiça, a liberdade, a dignidade humana, a igualdade, a proibição de penas cruéis e desumanas, a proporcionalidade do direito de resposta, o devido processo legal e a proibição de arbitrariedade dos Poderes Públicos (esta última na Espanha).

⁴¹³ *Ibid.*, p. 35.

⁴¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade...*, cit., p. 101-102.

⁴¹⁵ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 147-148.

Helena Regina Lobo da Costa afirma que o princípio da proporcionalidade ganha ainda maior destaque no âmbito do Direito Penal, especialmente quando interpretado à luz do postulado da dignidade humana. Entendido desta forma, a pena pode ser aplicada somente para a tutela dos valores mais caros à sociedade, em face de lesões que, em virtude de sua importância, se mostrem aptas, necessárias e proporcionais para a proteção destes valores, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade e, indiretamente, também do princípio da dignidade humana.⁴¹⁶

No âmbito do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade significa que o primeiro não deve ser utilizado como mero instrumento de poder, devendo permanecer a serviço dos valores comunitários e individuais. Também significa que deve ser guardada a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato como exigência suprema da justiça e da dignidade humana.⁴¹⁷

Heloisa Estellita afirma que o princípio da proporcionalidade é fundamental para qualquer que seja a função atribuída pela Constituição à pena, seja ela a de retribuição, de prevenção geral ou de prevenção especial, demandando a existência de uma relação de proporcionalidade entre a gravidade da sanção, a importância do bem jurídico-penalmente tutelado e a gravidade do ataque desferido contra este bem. Desta forma, repercute tanto na relação entre o bem jurídico tutelado e a quantidade de pena como na construção de um sistema de aplicação das sanções penais que possibilite ao magistrado estabelecer, dentro dos limites legais, a relação entre o delito singularmente cometido e a sanção penal.⁴¹⁸

O princípio da proporcionalidade impede a imposição de pena frente a fatos de pouca relevância social, bem como de penas desmesuradas, amparadas exclusivamente em necessidades de prevenção geral ou especial. Gabriel Ignacio Anitua afirma que, por estes

⁴¹⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana...*, cit., p. 146. Sobre a adoção, pelo Estado, de uma política criminal orientada para a prevenção geral positiva, a autora afirma que (p. 149): “Dessa forma, para que se alcance ao menos um provável efeito preventivo real e concreto e se respeite, por conseguinte, o princípio da proporcionalidade, interpretado com fundamento na dignidade humana, deve a teoria de prevenção geral positiva prever um conteúdo mínimo de justiça às normas a serem estabilizadas. Do contrário, pode-se não apenas não se alcançar qualquer efeito de prevenção positiva, mas até causar o contrário: a completa desconfiança da sociedade no ordenamento jurídico-penal. Se a pena for aplicada para punir condutas de forma indiscriminada, inclusive para a tutela de valores que não possuem relevância fundamental para a organização social, ela acabará por perder a sua carga simbólica, não discernindo entre as condutas seriamente lesivas à convivência social e as condutas leves”.

⁴¹⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, cit., p. 37.

⁴¹⁸ ESTELLITA, Heloisa. Direito penal, constituição e princípio da proporcionalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 131, v. 11, out. 2003. p. 11-13.

motivos, o princípio da proporcionalidade deve existir não apenas no Direito Penal de base individualista, mas igualmente naquele de base funcional.⁴¹⁹

No momento de concreção da norma penal ao fato, o princípio da proporcionalidade é especialmente relevante para que o aplicador da norma possa sopesar se é possível, naquele caso específico, adotar a orientação político-criminalmente proposta pelo Estado sem afrontar as demais garantias individuais que lhe oferecem limites, a fim de estabelecer de que modo e em quais condições aquela orientação poderá ser recebida pelo sistema dogmático.

No exemplo anteriormente mencionado, para determinar se a conduta de Tício deve ou não ser subsumida no tipo penal de moeda falsa, é necessário, inicialmente, que o magistrado faça a escolha entre a proteção dos bens juridicamente tutelados pelo tipo penal de moeda falsa – o sistema monetário nacional e a fé pública –, e a orientação de prevenção do delito de exploração infantil. Num segundo momento, caso opte pela orientação de prevenção do delito de exploração infantil, deverá verificar se a ausência de punição do agente pelo delito de moeda falsa vai de encontro às garantias individuais, especialmente aquela referente ao princípio da legalidade. Esta segunda etapa deverá ser realizada por meio da utilização dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, constantes no princípio da proporcionalidade.

Neste exemplo, mesmo que o magistrado decida punir Tício pelo crime de moeda falsa, por entender que a diminuição da exploração da prostituição infantil, no período, não constitui valor político-criminal suficiente para retirar a tipicidade de sua conduta, o magistrado poderá considerar este dado no momento da aplicação da pena, a fim de ensejar a sua diminuição.

De qualquer forma, percebe-se que a tarefa do magistrado não é das mais fáceis, exigindo-lhe um grande esforço argumentativo, qualquer que seja o desfecho por ele atribuído ao caso.

⁴¹⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. La actual política criminal del Estado español: algunos ejemplos. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de Universidad de Barcelona, 2005. p. 294.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que, para além de sua função como critério de aferição de legitimidade penal, o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser entendido na sua dupla dimensão de proibição de excesso e de insuficiência, uma vez que, para o autor, ambas as vertentes guardam uma conexão direta com as noções de necessidade e de equilíbrio. A própria noção do Estado Democrático de Direito encontra-se atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal, bem como na capacidade de dar respostas adequadas, e em conformidade com os princípios superiores de ordem constitucional, aos avanços de um Direito Penal de base desagregadora, permeado pelo desrespeito e pela intolerância.⁴²⁰

Mariângela Gama de Magalhães Gomes afirma que o princípio da proporcionalidade encontra o seu ponto crítico na ausência de conteúdo substancial. Isso ocorre porque o juízo sobre a proporcionalidade de determinada norma depende não apenas de sua comparação com outro tipo incriminador, mas, antes disso, da escolha da norma tomada como referência para a comparação. Qualquer que seja a proporção ou desproporção da norma impugnada, o acesso do juízo depende da escolha do termo de comparação, e, portanto, da habilidade do órgão julgador para individualizar o *tertium comparationis*.⁴²¹

Não obstante estes entraves, a autora defende que a exigência da proporcionalidade apresenta-se como um critério mínimo de legitimação. Isto quer dizer que o referido princípio tem por conteúdo as exigências de uma funcionalidade mínima, traduzidas na presença de uma resposta afirmativa ou negativa à questão da justificação da norma. Como são várias as possibilidades normativas admitidas para que se verifique a proporcionalidade do instrumento legislativo, também são várias as respostas admitidas pelo Estado Democrático de Direito, principalmente se considerada a multiplicidade de propostas político-criminais que podem ser adotadas pelo aplicador do direito.⁴²²

⁴²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade..., cit., p. 122. Ulfrid Neumann, ao contrário, rejeita a ideia de que o princípio da proporcionalidade possa fundamentar uma chamada “proibição de escassez”, obrigando o legislador a submeter determinadas ações à ameaça de pena. Para ele, esta postura significa uma verdadeira inversão da direção do princípio da proporcionalidade, o qual deve ser marcado pela sua função de proteção da liberdade. Compreende o referido princípio somente no sentido tradicional de proibição de intervenções estatais excessivas. Cf. NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, v. 16, mar./abr. 2008. p. 208.

⁴²¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, cit., p. 211. O *tertium comparationis* é o tipo penal tomado como parâmetro de comparação.

⁴²² *Ibid.*, p. 209.

Neste mesmo sentido se posiciona Ulfrid Neumann, para o qual o princípio da proporcionalidade é um princípio fraco, no que diz respeito aos seus pressupostos, uma vez que reclama uma pluralidade de determinações que não pode ser por ele mesmo elaboradas. Isso significa que referido princípio cria, ao final, possibilidades de argumentação e, conseqüentemente, possibilidades de consenso, que, sem ele, não estariam disponíveis. Não obstante, ele pode contribuir decisivamente para a delimitação eficaz do Direito Penal, apresentando-se como importante critério delimitador e orientador das normas penais.⁴²³

De qualquer forma, pretende-se deixar claro que, independentemente da orientação político-criminal utilizada pelo intérprete da norma, ela deve sempre respeitar as garantias individuais conquistadas ao longo de séculos, a fim de que o Direito Penal, a custos de modernização e adequação às novas exigências sociais, não acabe por retroceder a bases medievais e desumanas.

Sobre a função promocional do Direito Penal, Janaína Conceição Paschoal afirma que o último não deve e não pode ser utilizado sob a desculpa de um suposto desenvolvimento ou aprimoramento da sociedade, uma vez que esta utilização pode levar a um verdadeiro autoritarismo. Além disso, o Direito Penal não constitui meio hábil para a implementação de políticas sociais, uma vez que é e deve continuar sendo considerado como *ultima ratio*.⁴²⁴

Ante a crise de efetividade que assola o Direito Penal, por muitas vezes não conseguir fazer frente às novas formas de criminalidade, surge a necessidade de compatibilizar as novas propostas dogmáticas, especialmente aquelas de caráter penal, com o respeito às garantias individuais constantes nas constituições dos Estados, como ocorre com a Constituição Federal Brasileira de 1988. Trata-se de fazer com que as garantias individuais se tornem eficazes na limitação da política criminal adotada pelo Estado, especialmente no momento de concretização das normas penais já existentes.

⁴²³ NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade..., cit., p. 227-229.

⁴²⁴ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 123.

É importante destacar, na oportunidade, a visão de Gabriel Ignacio Anitua:

Tudo o que foi dito não quer dizer que a Constituição cumpra só um papel de ‘trincheira’, de limite aos poderes para evitar a sua arbitrariedade e violência. Pelo contrário, a Constituição obriga a pensar a política criminal – e à política criminal – com grandes doses de imaginação e considerando o caminho dos direitos como um caminho sem fim. O singular destes princípios políticos constitucionais e das liberdades proclamadas desde o fim do século XVIII é que são indissociáveis do nascimento do debate democrático.⁴²⁵

Jorge de Figueiredo Dias igualmente afirma que a superação da razão técnico-instrumental, associada à emergência da chamada “sociedade de risco”, não significa o enfraquecimento ou a atenuação das garantias individuais, conquistados de forma tão árdua desde os clássicos. Ao contrário, é na preservação da dignidade humana – seja ela a pessoa do delinquente ou de outros – que se encontra o axioma onto-antropológico de todo o discurso jurídico-penal, postura que deve ser observada igualmente pelas correntes funcionalistas.⁴²⁶

Deve-se recusar, com o autor, qualquer “evolução” do paradigma penal que rejeite a defesa consistente e efetiva das garantias individuais, o pluralismo ideológico e axiológico e a secularização. Deve ser rechaçada qualquer concepção penal fundamentada na extensão da criminalização, na qual o Direito Penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de uma política estadual cega e desenfreada.⁴²⁷

A fim de que possam ser respeitadas as garantias individuais que fundamentam o Estado Democrático de Direito, sugere-se que a orientação teleológico-funcional da dogmática penal pela política criminal seja pautada precipuamente pela progressiva diminuição do âmbito de aplicação do Direito Penal. Isto significa que os vetores valorativos cunhados pela política criminal que importem na diminuição do âmbito de incidência do Direito Penal devem ter preferência sobre aqueles que importem no seu

⁴²⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. La actual política criminal..., cit., p. 303. Tradução livre da autora. Texto original: “Todo lo dicho no quiere decir que la Constitución cumpla sólo un papel de «trincheras», de límite a los poderes para evitar su arbitrariedad y violencia. Por el contrario, la Constitución obliga a pensar a la política criminal – y a la política criminal – con grandes dosis de imaginación y considerando el camino de los derechos como un sendero sin fin. Lo singular de estos principios políticos constitucionales y de las libertades proclamadas desde fines del siglo XVIII es que son indisociables del nacimiento del debate democrático”.

⁴²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”..., cit., p. 51.

⁴²⁷ Ibid., p. 52.

alargamento, com a finalidade de se evitar posturas penais de cunho totalizador, em desrespeito às garantias individuais.⁴²⁸

⁴²⁸ Esta orientação evita, por exemplo, que mães, na qualidade de garantes, sejam responsabilizadas pelo estupro com violência presumida de suas filhas, praticado pelos maridos ou parceiros das primeiras. Esta prática, um tanto quanto comum na jurisprudência brasileira, afigura-se como resultado da má aplicação da norma penal, em clara afronta às garantias individuais. Cf. Paschoal, Mães estupradoras. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína Conceição (Orgs.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 229-251.

CONCLUSÕES

O presente estudo procurou responder à questão sobre como é possível, à política criminal, influir na elaboração da dogmática penal, como critério valorativo para a interpretação e aplicação das normas penais ao caso concreto.

Isso não seria possível sem um conceito de política criminal, entendida como a disciplina prático-valorativa que, com os fundamentos obtidos pela criminologia, busca instrumentos para a prevenção da criminalidade. Foram, ainda, delineadas as três fases ou momentos da política criminal – fase social, fase legislativa e fase subsuntiva – com destaque para esta última. Constatou-se que, na fase subsuntiva, a política criminal atua especificamente no processo de interpretação e subsunção da norma penal ao caso concreto, através de sua interação com a dogmática penal, por meio do fornecimento de elementos valorativos. Por fim, verificou-se que a política criminal não se encontra isolada no pensamento penal, estabelecendo constante relação quer com a criminologia, quer com a dogmática penal.

O estudo evolutivo da relação entre a política criminal e a dogmática penal permitiu verificar o constante conflito entre elas, com importantes consequências no âmbito do Direito Penal. Na escola clássica, entendeu-se que o pensamento de Cesare Beccaria constituiu importante programa de política criminal, na procura de limites bem definidos para o exercício do *ius puniendi* estatal, com fundamento na finalidade preventiva da pena.

Verificou-se, ainda, que o positivismo criminológico ganhou destaque com Cesare Lombroso, em virtude de sua preocupação com as causas diretas da criminalidade, por meio da análise do homem delinquente. Seus estudos sobre o atavismo, a degeneração do homem pela doença e a ideia de criminoso nato alavancaram a criminologia como saber empírico, possibilitando as primeiras investigações empírico-científicas verdadeiramente sistematizadas e ordenadas do fenômeno criminal. Concluiu-se que estes estudos foram especialmente importantes para o desenvolvimento da política criminal, que passou a contar, a partir daí, com os primeiros dados sobre a manifestação do crime e da

criminalidade, a fim de construir a ponte entre a criminologia, que então surgia, e a dogmática penal.

Ao lado do positivismo criminológico, verificou-se o enorme destaque alcançado pelo positivismo naturalista, por meio dos estudos de Franz von Liszt, autor especialmente caro ao desenvolvimento da relação entre política criminal e dogmática penal. Partindo da finalidade preventiva da pena, base de seus estudos, entendeu que o Direito Penal não poderia contentar-se exclusivamente com a dogmática penal. Era necessário que ele também se dirigisse à compreensão da realidade social, para que a norma cumprisse com o fim para o qual foi criada. Verificou-se que foi dele a ideia inicial da construção de uma ciência penal global, promovida pela interdisciplinaridade da dogmática penal, da criminologia e da política criminal no seio do Direito Penal. Não obstante a importância de suas proposições para o desenvolvimento da relação verificada entre a política criminal e a dogmática penal, verificou-se que, especialmente em virtude de sua filiação ao positivismo, a dogmática penal continuava a ocupar lugar hierarquicamente superior no conjunto das ciências penais. À política criminal cabia apenas a função de dirigir recomendações diretas para a reforma das leis penais pelo legislador.

No finalismo, verificou-se que, ante a preocupação de se estabelecer limites ontológicos ao legislador penal no período pós-guerra, Hans Welzel elegeu a ação final como a base de sustentação de toda a dogmática penal, servindo de fundamento para a mudança de todos os elementos do crime. Concluiu-se que a contribuição mais importante do finalismo, no sentido da aproximação da política criminal em direção à dogmática penal, ocorreu com a elaboração, pelo autor, da teoria da adequação social, pois ela possibilitava a exclusão típica das condutas permitidas ou não reprovadas pela sociedade, ainda que, formalmente, permanecessem subsumidas ao tipo penal. Percebeu-se ainda que, ao menos em sua fase inicial, - posteriormente ofuscada pelo aspecto subjetivo do tipo -, a teoria da adequação social possibilitava a influência direta dos elementos valorativos socialmente vigentes na aplicação das normas penais, com importantes reflexos sobre a tipicidade penal. Neste sentido, concluiu-se que referida teoria foi o embrião da teoria da imputação objetiva, lançada pelo funcionalismo, escola que lhe é posterior.

Não obstante a contribuição de cada uma destas escolas para o desenvolvimento da política criminal, e, conseqüentemente, para a sua relação com a dogmática penal,

verificou-se que esta relação foi plenamente possível a partir do funcionalismo, especialmente aquele de Claus Roxin e de seus seguidores, ante a defesa da influência direta da política criminal sobre a dogmática penal, sem a necessidade de subordinação desta última – como ocorria no positivismo naturalista. Embora constitua uma escola heterogênea, com posturas variadas, verificou-se que, ao pensar nas funções, fins e consequências das concepções dogmáticas sobre a realidade social, o funcionalismo é capaz de receber, de forma mais apropriada, a inserção de elementos valorativos trazidos pela política criminal no seio da dogmática penal, para a interpretação e aplicação teleológica das normas penais.

Verificou-se que esta inserção dos elementos valorativos da política criminal sobre a dogmática penal é possível de forma mais eficaz em um sistema aberto, fundado no pensamento problemático, o qual parte da análise de casos concretos para, ao fim, chegar a determinados pontos comuns. Isso deve ser feito sem abandonar a ideia de um sistema, pois o último lhe confere a clareza e a segurança necessárias à dogmática, o que faz com que o pensamento problemático possa ser utilizado em relação aos grupos de casos resolvidos de forma insatisfatória ou injusta pelo sistema.

Constou-se, ainda, que a influência da dogmática penal sobre a política criminal deve encontrar limites nas garantias individuais, a fim de se evitar a adoção de posturas totalitárias, em desrespeito ao Estado Democrático de Direito. Dentre as várias garantias individuais abrangidas de forma direta ou indireta pela Constituição da República Federativa do Brasil, afirmou-se a dignidade humana como principal limite à atuação da política criminal, por constituir verdadeiro fundamento do Estado Democrático de Direito, do qual derivam todas as demais garantias. Verificou-se ainda, que o princípio da legalidade deve ser compreendido não em sua acepção clássica, como simples forma de limitação da atuação dos Poderes Públicos sobre os indivíduos, mas na sua concepção funcional, como limite ou contraponto da influência dos valores político-criminais no momento de interpretação e aplicação legislativa. Por fim, constatou-se que o princípio da proporcionalidade permite que o magistrado sopesse a necessidade, adequação e proporcionalidade da reação penal, ante a orientação político-criminal adotada pelo Estado. Verificou-se que todos estes princípios funcionam como importantes ferramentas de limitação da influência da política criminal na dogmática penal.

Em suma, o presente trabalho concluiu pela necessidade da adoção dos valores trazidos pela política criminal na construção sistemática da dogmática penal, a fim de promover uma adequada interpretação e conseqüente aplicação da norma ao caso concreto. Com isso, acredita-se ser possível promover uma aplicação mais efetiva das normas penais, na tentativa, quiçá frutífera, de diminuir a crise de efetividade que elas enfrentam, fazendo com que a expressão “política criminal” saia da incerteza ou indeterminação para reafirmar a sua posição de domínio e de transcendência sobre a dogmática penal.

BIBLIOGRAFIA

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999. 493 p.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra, 1991. 707 p.

ANITUA, Gabriel Ignacio. La actual política criminal del Estado español: algunos ejemplos. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de Universidad de Barcelona, 2005. p. 289-302.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 126 p.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Manipulação Genética Humana e Direito Penal*. Porto Alegre: Zouk, 2007. 283 p.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/EDUSP, 2000. 400 p.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. 205 p.

_____. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. 197 p.

_____. Bases do direito penal no Estado Democrático de Direito. *Impulso*, Piracicaba, n. 20, v. 9, 1996, p. 81-94.

_____. *Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito*. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. São Paulo: Método, 2001. p. 74-80.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. 491 p.

_____. La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 46, v. 1, ene./abr. 1993, p. 697-729.

_____. Teoría final de la acción e imputación objetiva: consideraciones sobre la teoría de la adecuación social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 55, v. 13, jul./ago. 2005, p. 135-161.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. 311 p.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1206 p.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 174 p.

COELHO, Marina Pinhão. *Ensaio sobre a tipicidade penal objetiva em um sistema teleológico-racional*. 2006. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, n. 74, 1998, p. 89-105.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979. 141 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 371 p.

_____. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v. 1. 743 p.

_____. Resultados y problemas en la construcción de un sistema de derecho penal funcional y «racionalmente final». In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (Coords.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995. 460 p.

_____. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, v. 09, jan./mar. 2001. p. 39-65.

_____. Legalidade e tipo em direito penal. In: *Escritos em homenagem a Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 213-225.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997. 573 p.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 221 p.

ESTELLITA, Heloisa. Direito penal, constituição e princípio da proporcionalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 131, v. 11, out. 2003. p. 11-13.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 229 p.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Campinas: Bookseller, 1996. 544 p.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 246 p.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. 573 p.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP – Escola Superior do Ministério Público, 2003. 97 p.

HIRSCH, Hans Joachim. Adecuación social y teoría del injusto. In: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal: obras completas*. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni, 2002. v. 3. p. 9-76.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004. 240 p.

LISZT, Franz von. *La idea del fin en el derecho penal: programa de la Universidad de Marburgo, 1882*. Granada: Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 1995. 96 p.

_____. *Tratado de direito penal alemão*. Ed. fac-sim. Brasília, DF: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2006. 639 p.

LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. Trad. 2ª ed. franc. 555 p.

LUCA, Heloiza Meroto de. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 739-815.

LUISI, Luiz. Iluminismo e Direito Penal em Portugal no século XVIII. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, n. 1, v. 1, 2004, p. 119-126.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: B de f, 2003. 325 p.

_____. Laudatio. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch, 1997. p. 31-34.

MOCCIA, Sergio. Función sistemática de la política criminal: principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente. In: SCHÜNEMANN, Bernard; DIAS, Jorge de Figueiredo (Coords.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José Maria Boch, 1995. p. 73-98.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 851 p.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Iluminismo jurídico e circulação de idéias e livros. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 273-284.

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, v. 16, mar./abr. 2008. p. 205-232.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 160 p.

_____. Mães estupradoras. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína Conceição (Orgs.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 229-251.

PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael. La funcionalización del derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático-penales: vistazo a la catedral desde un margen. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, n. 52, 2002. p. 497-525.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal: ¿Es el problema de La legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 257-293.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Da legalidade moderna à codificação: evolução e crítica. In: *Notáveis do direito penal: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*. Brasília: Consulex, 2006. p. 389-406.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 844, v. 95, fev. 2006. p. 435-451.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1975. v.2. 654p.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Aequitas* e analogia em matéria penal: o pensamento de Ihering e de Tobias Barreto. In: *Meio Século de Filosofia*, 2003, São Paulo. *Meio Século de Filosofia – Anais do VI Congresso Brasileiro de Filosofia*. São Paulo: Legnar, 2003. v. 1, p. 109-117.

_____. *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 118 p.

_____. *Razão e religião*. Estado de São Paulo, São Paulo, 03 de jan. 2009. Opinião. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090103not_imp301915,0.php>. Acesso em 22 jan. 2009.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. Elementos para una aproximación epistemológica, In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política criminal y sistema penal: vejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de Universidad de Barcelona, 2005. p. 15-44.

ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal*. Barcelona: PPU, 1992. 143 p.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972. 81 p.

_____. Acerca del desarrollo reciente de la política criminal. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 48, 1992. p. 795-810.

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. 158 p.

_____. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2001. 1071 p.

_____. *Estudos de direito penal*. São Paulo: Renovar, 2006. 236 p.

_____. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, Lisboa: Vega, 1998. p. 91-143.

_____. Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 12, v. 7, sep. 2001. p. 81-94.

_____. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, São Paulo, n. 65, v. 15, mar./abr. 2007. p. 9-25.

_____. Contestación. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed). *Política Criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch, 1997. p. 35-38.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La teoría de la adecuación social. In: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 485-572.

SACHER, Mariana. ¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel? In: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONA, Edgardo Alberto (Dir.). *Hans Welzel en*

el pensamieto penal de la modernidad. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 573-596.

SÁEZ CAPEL, José. Influencia de las ideas de la Ilustración y la revolución en el Derecho Penal. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal pena y criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 245-256.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, v. 12, mar./abr. 2004. p. 60-122.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A criminalidade moderna nas concepções de Hassemer e Silva Sánchez. *Revista Jurídica*, n. 284, v. 49, jun. 2001, p. 62-78.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 31-80

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Ensayo sobre el derecho penal como ciência: acerca de su construcción*. Madrid: Dykinson, 1999. 361 p.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Pena e política criminal: a experiência brasileira. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 321-334.

_____. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 384 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch, 1997. p. 17-29.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 240 p.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. 2. ed. Trad. Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 130 p.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 143 p.

_____. *Derecho penal alemán: parte general*. 11 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. 343 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. 192 p.

_____. La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*. Madrid, n. 43, v. 1, ene./abr. 1989. p. 521-551.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001. 295 p.

RESUMO

O presente estudo sobre o tema *A política criminal como critério teleológico da dogmática penal* objetiva promover uma reflexão sobre a importância da inserção da política criminal na dogmática penal, para o fornecimento dos vetores valorativos na interpretação e concreção das normas penais ao caso concreto. Destaca-se a política criminal em sua fase subsuntiva, correspondente àquela incidente no momento da aplicação das leis penais pelo magistrado ou aplicador do direito. Verifica-se, nesta perspectiva, que a política criminal deve estar jungida à dogmática para a composição do sistema dogmático-penal.

O estudo histórico da relação entre política criminal e dogmática penal demonstra que estas disciplinas permaneceram apartadas até o funcionalismo. O máximo de aproximação entre elas ocorreu com Franz von Liszt, o qual propugnava o estudo “global” do Direito Penal, a partir da relação interdisciplinar da dogmática penal, da política criminal e da criminologia. Não obstante a importância do autor para a aproximação da política criminal à dogmática penal, observa-se que esta relação permaneceu embrionária, pois a dogmática penal continuava a ocupar lugar de destaque. A política criminal permanecia a ela submetida. Não havia real inserção, mas simples integração entre ambas.

A completa inserção da política criminal à dogmática penal foi possível a partir do funcionalismo, principalmente aquele de Claus Roxin e de seus seguidores. Com ele, o caráter teleológico do Direito Penal passou a ser fornecido pela política criminal, a qual compõe o sistema dogmático, refletindo-se no momento da interpretação e consequente aplicação das normas penais ao caso concreto. O sistema aberto, com a inserção do pensamento problemático naquele sistemático, apresenta-se como importante ferramenta neste sentido, permitindo a análise de grupos de casos concretos afins, com o objetivo de atribuir maior justiça às decisões. Isso deve ser feito sem o abandono da ideia de um sistema, pois ele confere a clareza e a segurança necessárias à dogmática. O pensamento problemático deve ser utilizado somente em relação aos grupos de casos resolvidos de forma insatisfatória ou injusta pelo sistema.

A influência da política criminal na dogmática penal deve encontrar limites nas garantias individuais, de modo a se evitar a adoção de posturas totalitárias, contrárias ao Estado Democrático de Direito. Dentre as várias garantias individuais, destacam-se a dignidade humana, a legalidade e a proporcionalidade como ferramentas fundamentais no impedimento da adoção de pautas político-criminais contrárias à orientação democrática e de garantias do Estado.

RIASSUNTO

Il presente studio sul tema *La politica criminale come criterio teologico della dogmatica penale* promuove una riflessione sull'importanza dell'inserzione della politica criminale nella dogmatica penale per poter fornire i vettori valoriali nell'interpretazione e concrezione delle norme penali alla fattispecie. Bisogna mettere in risalto la politica criminale nella sua fase subordinata corrispondente a quella occorsa nel momento dell'applicazione delle leggi penali dal magistrato o applicatore del diritto. In questa prospettiva si verifica che la politica criminale va congiunta alla dogmatica per la composizione del sistema dogmatico-penale.

Lo studio storico del rapporto tra politica criminale e dogmatica penale dimostra che queste discipline rimangono appartate fino al funzionalismo. Il massimo dell'avvicinamento fra di loro occorre con Franz von Liszt il quale propugnava lo studio "globale" del Diritto Penale sin dal rapporto anti-disciplinare della dogmatica penale, della politica criminale e della criminologia. Nonostante l'importanza dell'autore riguardo all'avvicinamento della politica criminale alla dogmatica penale si osserva che questo rapporto rimase embrionario visto che la dogmatica penale occupava ancora un posto di rilievo. La politica criminale rimaneva ad essa sottomessa. Non c'era un'inserzione però una semplice integrazione tra di loro.

La completa inserzione della politica criminale alla dogmatica penale fu possibile sin dal funzionalismo soprattutto quello di Claus Roxin e dei suoi seguaci. Con lui, il carattere teologico del Diritto Penale viene dato dalla politica criminale la quale compone il sistema dogmatico riflettendosi nel momento dell'interpretazione e della conseguente applicazione delle norme penali alla fattispecie. Il sistema aperto con l'inserzione del pensiero problematico in quello sistematico si presenta come importante ferramenta permettendo l'analisi di gruppi della fattispecie con l'obiettivo di attribuire una maggiore giustizia alle decisioni. Questo va fatto senza l'abbandono dell'idea di un sistema dato che conferisce la chiarezza e la sicurezza necessarie alla dogmatica. Il pensiero dogmatico va utilizzato soltanto in relazione ai gruppi di casi risolti di maniera insoddisfacente o ingiusta dal sistema.

L'influenza della politica criminale nella dogmatica penale trova limiti nelle garanzie individuali evitando l'adozione di atteggiamenti totalitari contrari allo Stato Democratico di Diritto. Tra le varie garanzie individuali si mettono in rilievo la dignità umana, la legalità e la proporzionalità come ferramente necessarie all'impedimento dell'adozione di modelli politico-criminali contrari all'orientamento e delle garanzie dello Stato.