



Coordenadores

Gilmar Ferreira Mendes

Pierpaolo Cruz Bottini

Eugênio Pacelli

Direito Penal Contemporâneo

Questões Controvertidas

 **Editora
Saraiva**

**Série
idp**  **INSTITUTO
BRASILENSE
DE DIREITO
PÚBLICO**

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

SUMÁRIO

Créditos

Filiais

Coordenadores

Autores

Os dilemas do Direito Penal

1 As normas de Direito Penal

1.1 As normas como bens jurídico-penais

1.2 Legitimação material do Direito Penal através da proteção de bens jurídicos?

1.2.1 Problemas gerais

1.2.2 O conceito de bem jurídico

1.3 As teorias da prevenção especial

1.3.1 A problemática geral

1.3.2 A violação do princípio do fato

1.3.3 Conceitos recentes

1.3.4 As teorias da união

1.4 As funções das medidas de reabilitação e segurança

1.4.1 Teorias das medidas de reabilitação e segurança

1.4.2 A diferenciação da função da medida de reabilitação e segurança

2 Delimitação da punição estatal consoante o direito público

2.1 As contravenções

2.1.1 Evolução histórica

2.1.2 Estágio atual

2.2 As medidas disciplinares

2.2.1 Necessidade das medidas disciplinares

2.2.2 Delimitação e tratamento dos pontos de interseção

2.3 Instrumentos de manutenção da ordem pública e de coerção segundo a regulação processual

Adequação social e Direito Penal

1 Introdução

2 A evolução do conceito de adequação social

3 Adequação social e imputação objetiva

4 A questão do risco permitido

5 Da atual coexistência conceitual

Funcionalismo e dogmática penal: ensaio para um sistema de interpretação

I As questões e os problemas

II Funcionalismo teleológico e reconfiguração da dogmática penal

III Sistema de direitos fundamentais e proibição de excesso

IV Referências bibliográficas

O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea

- 1 Introdução
 - 2 O paradoxo do risco
 - 3 O risco e a produção legislativa
 - 4 Risco e a politização da jurisdição
 - 5 Risco e dogmática penal
 - 6 Conclusão
- Bibliografia

Dolo eventual e crime de trânsito

- 1 Introdução
- 2 Teorias do consentimento e da probabilidade
- 3 Posicionamento de Roxin
- 4 Considerações finais

Direitos humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito

- I Introdução
- II Direitos humanos no âmbito do estado democrático de direito: a pessoa como destinatária das normas jurídicas
- III Pretensa crise de eficácia do direito penal: propostas de expansão
- IV Política criminal e direitos humanos
- V Direitos humanos e direito penal no Brasil
- VI Limites para uma intervenção penal racional: discurso de resistência

VI Conclusão

Referências Bibliográficas

A culpabilidade na dogmática penal

- 1 Contextualização do tema: objeto da investigação e dimensões do estudo
- 2 A culpabilidade como princípio
- 3 A culpabilidade na teoria do crime
- 4 Conclusões

A revisão do modelo constitucionalista de ilícito penal e a chamada "orientação às consequências"

- 1 O esforço de Bricola
- 2 As críticas à teoria constitucionalista do objeto da tutela penal
- 3 Orientação às consequências
 - 3.1 Reabilitação ou ruptura?
 - 3.2 O endereço pragmático-finalístico de Palazzo
 - 3.3 A ciência da subsidiariedade de Donini
- 4 Considerações finais
- 5 Referências bibliográficas

Periculosidade no Direito Penal contemporâneo

- 1 O estado democrático de direito e o direito penal correspondente

- 2 A culpabilidade como alicerce para o direito penal do fato
- 3 O perceptível distanciamento do direito penal do fato
- 4 A periculosidade no direito penal brasileiro
- 5 A incompatibilidade entre periculosidade e direito penal do estado democrático de direito
- 6 Conclusões
- 7 Bibliografia

Responsabilidade penal: aspectos polêmicos

- 1 Introdução
- 2 Dosimetria
 - 2.1 Pena base
 - 2.1.1 Antecedentes e personalidade
 - 2.2 Segunda fase da dosimetria
 - 2.2.1 Emprego de meio de que podia resultar perigo comum
 - 2.2.2 Agravante nos crimes contra o meio ambiente
 - 2.3 Terceira fase da dosimetria
- 3 Pena Zero e Roxin
- 4 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Peculiaridades
 - 4.1 Pena de morte
 - 4.2 Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público
 - 4.3 Relevância da omissão
- 5 Conclusões

6 Bibliografia

ISBN 978-85-02-13193-4

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito penal contemporâneo / Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottini, Eugênio Pacelli (coordenadores). – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Série IDP)

Vários autores.

1. Direito penal I. Mendes, Gilmar Ferreira. II. Bottini, Pierpaolo Cruz. III. Pacelli, Eugênio. IV. Série.

10-07600

CDU-343

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito penal 343

<i>Diretor editorial</i>	<i>Antonio Luiz de Toledo Pinto</i>
<i>Diretor de produção editorial</i>	<i>Luiz Roberto Curia</i>
<i>Gerente de produção editorial</i>	<i>Lígia Alves</i>
<i>Editor</i>	<i>Jônatas Junqueira de Mello</i>
<i>Assistente editorial</i>	<i>Sirlene Miranda de Sales</i>
<i>Assistente de produção editorial</i>	<i>Clarissa Boraschi Maria</i>
<i>Preparação de originais</i>	<i>Liana Ganiko Brito Catenacci</i>
<i>Arte e diagramação</i>	<i>Cristina Aparecida Agudo de Freitas</i> <i>Lídia Pereira de Moraes</i>
<i>Revisão de provas</i>	<i>Rita de Cássia Queiroz Gorgati</i> <i>Amanda Maria de Carvalho</i> <i>Rita de Cássia S. Pereira</i>
<i>Serviços editoriais</i>	<i>Ana Paula Mazzoco</i>

Capa

Produção gráfica

Vinicius Asevedo Vieira

Estudio 23

Marli Rampim

Data de fechamento da edição: 8-11-2010

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — 71200-020 — Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 / 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro

Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel

Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos

Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567

Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda

Fone: PABX (11) 3613-3000 – São Paulo

COORDENADORES

Gilmar Ferreira Mendes

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Adjunto da Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade de Münster – República Federal da Alemanha.

Pierpaolo Cruz Bottini

Advogado, Professor-doutor de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP, membro da diretoria da Associação Internacional de Direito Penal – seção brasileira e Coordenador do curso de Pós-graduação de Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Foi Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2005-2007) e membro efetivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2008-2010).

Eugênio Pacelli

Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Procurador Regional da República no Distrito Federal. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP e Relator-geral da comissão de Juristas responsável pelo Projeto de Lei do Senado 156, que propõe um Novo Código de Processo Penal.

AUTORES

Günther Jakobs

Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Filosofia do Direito. Graduou-se na Universidade de Bonn. Advogado e Professor.

Renato de Mello Jorge Silveira

Professor Titular e Chefe do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP. Presidente do Instituto Manoel Pedro Pimentel – USP.

André Luís Callegari

Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Coordenador Executivo da Faculdade de Direito da Unisinos. Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado da Unisinos. Doutor honoris causa pela Universidad de Tlaxcala – México. Professor convidado na Cátedra Latino-Americana de Derecho Penal da Universidad Externado de Colombia. Advogado Criminalista.

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Professora Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. Coordenadora-chefe da Revista Brasileira de Ciências Criminais.

Cláudio Brandão

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Coordenador da Faculdade Damas da Instituição Cristã – Recife. Professor visitante da Universidade de Coimbra (Doutoramento de Altos Estudos Contemporâneos) e da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa).

Fabiano Augusto Martins Silveira

Mestre e Doutor em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador visitante junto à Università degli Studi di Roma 1 – La Sapienza, entre 2006 e 2007. Consultor Legislativo do Senado Federal para as áreas de Direito Penal, Processo Penal e Penitenciário.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Mestre e Doutora em Direito Penal pela USP e Professora-doutora de Direito Penal da USP.

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP e Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Os dilemas do Direito Penal*

1 As normas de Direito Penal

1.1 As normas como bens jurídico-penais

1.2 Legitimação material do Direito Penal através da proteção de bens jurídicos?

1.2.1 Problemas gerais

1.2.2 O conceito de bem jurídico

1.3 As teorias da prevenção especial

1.3.1 A problemática geral

1.3.2 A violação do princípio do fato

1.3.3 Conceitos recentes

1.3.4 As teorias da união

1.4 As funções das medidas de reabilitação e segurança

1.4.1 Teorias das medidas de reabilitação e segurança

1.4.2 A diferenciação da função da medida de reabilitação e segurança

2 Delimitação da punição estatal consoante o direito público

2.1 As contravenções

2.1.1 Evolução histórica

2.1.2 Estágio atual

2.2 As medidas disciplinares

2.2.1 Necessidade das medidas disciplinares

2.2.2 Delimitação e tratamento dos pontos de interseção

2.3 Instrumentos de manutenção da ordem pública e de coerção segundo a regulação processual

Günther Jakobs

*Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Filosofia do Direito.
Graduou-se na Universidade de Bonn. Advogado e professor.*

1 AS NORMAS DE DIREITO PENAL

1.1 As normas como bens jurídico-penais

Sob o aspecto formal, o Direito Penal é legitimado pela aprovação conforme à Lei Fundamental das leis penais. A legitimação material consiste no fato de as leis penais serem necessárias à manutenção da configuração da sociedade e do Estado. Não existe um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo o contexto da regulação em questão. Ao contexto da regulação pertencem as realidades da vida social, bem como as normas, em especial as de caráter constitucional.

A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção. Por isso – contrariando, porém, a linguagem usual – pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais ante a decepção – solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta

em prática; na sequência, esse bem será denominado bem jurídico-penal.

Ao utilizar o conceito dessa forma, a forte vinculação às normas penais pode surpreender, pois os bens também podem ser definidos sem esse desvio normativo, nomeando-se aquilo que o agente destruiu – pelo menos no caso de crime de dano no sentido material – vida, saúde, propriedade, podendo-se relegar, por enquanto, a questão sobre se os objetos mencionados devem ser bens, por si mesmos ou por sua utilidade, para a pessoa ou para a sociedade. Tampouco se deve questionar se é razoável chamar tais objetos de bens, pois se trata de fatos valorados positivamente e, portanto, constituem “bens” para aqueles que os valoram.

Mas a maior parte dos bens desse tipo também podem ser afetados por eventos naturais (doença, desgaste material etc.) ou por processos que, mesmo que intermediados por seres humanos, não são evitáveis (nem dolosos ou culposos). Isso pode até não ter importância para sua definição como bem, mas influencia sua qualificação entre os bens jurídico-penais. Quando fatos positivamente valorados são designados como bens jurídico-penais sem restrição, a estranha consequência é que o Direito Penal deixa, por vezes (ou, conforme o âmbito, até mesmo na maioria das vezes), de cuidar da perda de seus bens: a morte por senilidade, a deterioração de uma coisa ao longo do tempo, entre outros, destroem bens no sentido designado, mas não satisfazem um tipo penal¹. Portanto, o Direito Penal não tem a função de garantir a estabilidade dos bens mencionados em todo e qualquer caso, mas apenas no caso de agressões de determinado tipo. Se a razão

dessa reserva fosse imposta ao Direito Penal de fora para dentro, seria adequado chamar de bens jurídico-penais, por si mesmos ou por sua utilidade para pessoas ou para a sociedade, os objetos do tipo mencionado, pois, nesse caso, sob o aspecto jurídico-penal, denotar-se-ia uma proteção ampla, limitada a determinadas formas de agressão somente por razões estranhas ao Direito Penal. No entanto, de acordo com esse entendimento, toda destruição de um bem no sentido mencionado teria que ser uma perturbação relevante para o Direito Penal, não importando a forma como ocorra. Diante do absurdo dessa concepção (Toda doença é uma agressão a bens jurídico-penais?), tornam-se claros os limites da eficácia do mencionado conceito de bem: é bem verdade que assinala judiciosamente os fatos a serem considerados como bens, mas negligencia a função específica do Direito Penal ao fazer passar pelo mesmo crivo da “perturbação em razão da lesão de um bem” as forças danosas da Natureza ou o comportamento não evitável de seres humanos e o comportamento imputável – o único que interessa ao Direito Penal. A consequência disso – ao menos no caso de bens que não perdem sua função em virtude da evolução social, perecendo mais por razões de ordem física (senilidade) – é a transformação do passado num imenso cemitério de bens jurídicos que demonstra suficientemente que, quando um bem é lesado no sentido mencionado, não se alcança necessariamente o nível em que o Direito Penal se realiza.

Não é toda e qualquer modificação prejudicial de um bem enquanto fato positivamente valorado que interessa ao Direito Penal; pelo contrário, a modificação deve se dirigir contra a própria valoração positiva. Isso somente pode se dar por meio de um

comportamento humano cujo teor expresse que não cabe levar em consideração a valoração positiva. Não é a causação de uma morte que configura lesão de um *bem jurídico-penal* (trata-se da mera lesão de um bem), mas a desobediência normativa contida no homicídio evitável. O homicídio evitável tem o sentido de uma desobediência à norma que está na origem dos crimes de homicídio, porque se imputa ao agente a responsabilidade – por conhecimento (dolo) ou cognoscibilidade (culpa) – por ter escolhido um comportamento de consequências graves e não uma alternativa incólume. A norma impõe uma organização isenta de danos, mas o agente organiza, imputavelmente, de modo que cause danos: seu modelo de mundo se contrapõe àquele da norma. É somente essa visão que eleva o bem jurídico-penal ao plano no qual a interação social se realiza por intermédio do Direito Penal: o da *significação* do comportamento (delitivo) enquanto negação do *significado* das normas e da adesão ao *significado* normativo através da reação punitiva². Consoante essa solução, bem jurídico-penal, na esfera dos crimes contra a propriedade, não é a coisa alheia ou a relação dos proprietários para com suas coisas enquanto unidade funcional de ações para a satisfação de necessidades ou para a obtenção de lucros, mas a eficácia do conteúdo normativo que expressa que a propriedade deve ser protegida; da mesma forma, no âmbito dos crimes de lesão corporal, o bem jurídico-penal é a eficácia do conteúdo normativo de que a integridade física alheia deve ser respeitada etc. O bem jurídico-penal é a vinculatoriedade prática da norma.

De acordo com o entendimento mencionado, o bem jurídico-penal não pode ser agredido por um comportamento enquanto evento externo, mas somente por um comportamento enquanto acontecimento dotado de conteúdo. Todavia, em virtude do princípio do fato, apenas existe crime quando ocorre um evento externo perceptível pelos sentidos. Porém, o objeto desse comportamento externo não é o bem jurídico-penal; ao contrário, há que se distinguir entre bem jurídico-penal e *objeto da ação* (mais exato seria: objeto do comportamento)³.

O objeto da ação pode até mesmo ser o contrário de um bem, por exemplo, quando o comportamento consiste na produção de objetos indesejados, como acontece na falsificação de moeda e de documentos (146 e ss., 267, 348 do CP) ou na produção de informações indesejáveis, como na injúria, na revelação de segredo funcional (arts. 185, 203, 263 do CP). Contanto que o objeto da ação não seja negativamente valorado sob o aspecto jurídico, ele pode ser designado como *objeto de agressão*. Alguns objetos de agressão, por sua vez, podem ser definidos, como bens que se antepõem ao bem determinante – ao bem jurídico-penal e ao bem jurídico em sentido a ser determinado ainda –, como a propriedade como bem anteposto à possibilidade de desenvolvimento, enquanto outros representam apenas a agressão contra um bem (como o funcionário da execução no caso de resistência – art. 113 do CP).

1.2 Legitimação material do Direito Penal através da proteção de bens jurídicos?

1.2.1 Problemas gerais

Normalmente, o nível de referência do bem jurídico-penal até agora tratado não se encontra em primeiro plano na discussão do problema do "Direito Penal como proteção de bens jurídicos" (ou do "crime como lesão do bem jurídico"⁴)⁵. Trata-se, antes, de saber se *normas* penais (e com elas, apenas indiretamente, também o próprio Direito Penal) apenas são legítimas quando protegem bens jurídicos, sem, porém, que esteja particularmente claro o que é um bem jurídico nesse contexto. "O bem jurídico tornou-se um autêntico Proteu, que imediatamente se metamorfoseia em outra coisa nas mãos que acreditam retê-lo."⁶ De agora em diante, entender-se-á como bem jurídico o objeto de proteção de uma norma, em contraposição à própria eficácia da norma como bem jurídico-penal.

Discute-se a partir de que ponto de vista há que se determinar o que deve ser considerado como objeto da proteção da norma, se apenas uma única visão deve ser utilizada (teoria monística) ou se a perspectiva pode mudar (teorias dualistas). Além da classificação (monista) de todos os bens jurídicos em bens do cidadão enquanto indivíduo⁷, existem classificações dentre bens da sociedade e, por conseguinte, do cidadão⁸; além de classificações (dualistas) que, no caso de bens jurídicos individuais, referem-se ao cidadão e, no caso de bens jurídicos estatais ou supraindividuais, dizem respeito à sociedade ou ao Estado⁹ e, por fim, classificações (também monistas) de bens da "comunidade jurídica"¹⁰.

A discussão concerne três âmbitos de problemas que devem ser convenientemente diferenciados:

Em primeiro lugar, trata-se de determinar quem é o favorecido final da “função protetora”. Aqui, pode-se sustentar que a própria proteção do indivíduo (vida, liberdade etc.) apenas é necessária porque a sociedade precisa de membros capazes de agir; ou que, ao contrário, a proteção do Estado (por exemplo, contra alta traição) ou de instituições comuns a toda a sociedade apenas se dá porque o indivíduo necessita da assistência do Estado para sobreviver. Essa discussão sobre a finalidade do Estado não pode ser resolvida apenas com as normas jurídico-penais, tampouco restringir-se ao conceito de bem jurídico. Em todo caso, desconsideram-se as soluções radicais: as normas penais são garantidas pela cominação de reações formais e, portanto, são tão impensáveis sem uma ordem formal entre cada um dos indivíduos quanto é inconcebível, inversamente, uma sociedade sem membros¹¹.

Além disso, pode-se questionar de que ponto de vista se deve partir para estabelecer quais bens merecem e necessitam proteção, não importando a quem eles pertençam. Esse ponto de vista é sempre o público, geral, mesmo que se trate da proteção de bens privados, pois quando algo é elevado à categoria de bem jurídico de uma norma jurídico-penal, isso significa, por definição, que sua proteção se converte em função pública. Mas isso não permite concluir quais bens privados podem ser protegidos pela administração pública e quais bens públicos necessitam de uma tutela penal. A teoria dos bens é de pouco auxílio para a solução dessa questão. A resposta depende mais da nocividade social do

comportamento lesivo, à qual não corresponde necessariamente o desvalor do comportamento lesivo do bem.

Por fim, é preciso que se estabeleça a capacidade para dispor de um bem, tanto quanto ele seja julgado digno ou necessitado de proteção. A decisão não é prejudicada pela suposição acerca do favorecido final. Assim, mesmo num modelo em que a proteção da propriedade não sirva ao indivíduo, mas sim à vida econômica comum, devendo, por conseguinte, fortalecer o Estado, pode-se conceder a capacidade para dispor ao cidadão como indivíduo, na suposição, por exemplo, de que o seu egoísmo garanta um emprego economicamente ideal. Inversamente, num modelo em que a proteção do bem deve se dar somente em benefício do indivíduo, a capacidade deste último para dispor do bem pode ser comprometida, por exemplo, quando se lhe prescreve o que é conveniente (a correta vontade da pessoa capaz de dispor é, portanto, superior à sua verdadeira vontade). Mas, acima de tudo, os bens que devem servir ao indivíduo apenas podem ser administrados em comum, de forma que, mesmo numa abordagem individualista do reconhecimento de bens, não há como evitar a capacidade para dispor do Estado (por exemplo, a propriedade pública)¹².

Segundo o Direito vigente, a determinação da competência é feita de modo dualista – a exceção de bens absolutamente indisponíveis, como a estabilidade da República Federal da Alemanha, por exemplo; ao lado dos bens colocados sob a capacidade para dispor do indivíduo ou de um grupo de indivíduos, existem os bens (raras vezes absolutamente disponíveis) que se

encontram nas mãos do Estado, ou de outras pessoas jurídicas de Direito Público, e os bens cuja competência para dispor cabe à sociedade em geral. Da competência para dispor depende a eficácia (excludente da tipicidade ou justificadora) de um consentimento.

Quanto mais recrudescer a confiança de que os pressupostos da vida dos cidadãos e de sua configuração hão de se ajustar por vias naturais, por meio da autorregulação do mercado ou, de outra forma, sem regulação finalista, mais o Estado assume a administração desses pressupostos, estendendo também a eles a tutela penal em sua regulação finalista; eles passam, assim, a inserir-se na categoria de bens jurídicos: meio ambiente, saúde pública etc. Em princípio, isso não é novidade; por excelência, toda institucionalização de atividades estatais pode converter-se em bem jurídico; nesse sentido, os objetivos modernos do Estado equiparam-se aos clássicos (segurança externa e interna). Mas os novos bens apresentam particularidades quantitativas que diluem o conceito de bem jurídico: sua fronteira em relação ao que é socialmente adequado é materialmente arbitrária quando nítida (entorpecentes proibidos contra drogas geralmente aceitas); em outros casos, é um produto tão vago da discricionariedade governamental e administrativa, que a proteção do bem corre o risco de desaparecer por trás da proteção da executabilidade de decisões (meio ambiente). Não está determinado se o Estado Social que administra a qualidade de vida poderia, contudo, renunciar à tutela penal de tais bens jurídicos¹³.

1.2.2 O conceito de bem jurídico

Um bem é um fato positivamente valorado. O termo fato entende-se, aqui, em sentido amplo, de modo que o conceito não engloba somente objetos (físicos ou outros), mas também situações e processos. Um bem converte-se em bem jurídico ao gozar de proteção jurídica. Não obstante, pode-se argumentar que a proteção jurídica seja prova suficiente e determinante para a valoração positiva do fato. O bem jurídico é, então, positivamente determinado, e o conceito engloba “tudo aquilo que, aos olhos da lei, enquanto condição da vida saudável da sociedade, é valioso para esta última”¹⁴. A concretização dessa determinação conduz a uma “enumeração um tanto quanto tumultuada dos bens de capital do ordenamento jurídico”¹⁵, ou seja, não é possível ler uma teoria da sociedade nessa enumeração, mas apenas as oscilações e os compromissos da prática. Porém, nessa variante positivista também se esconde um aspecto crítico para o Direito positivo¹⁶: se existe um bem jurídico, é porque a lei considera algum fato como valioso para a “vida saudável”, o que falta quando a lei regula formas de comportamento cujo rendimento não é valioso para algo, mas constitui um valor em si mesmo, sobretudo quando a lei prescreve um comportamento moral enquanto tal. Entretanto, esse resíduo crítico do conceito de bem jurídico também pode ser reduzido compreendendo-se a definição do conceito de modo tão elástico que ele inclua, por excelência, toda e qualquer finalidade de regulação. O bem jurídico deve ser entendido, então, como “sentido e finalidade de cada um dos princípios penais”¹⁷ ou como “abreviação da noção de finalidade”¹⁸.

Mas, em geral, atribui-se ao conceito de bem jurídico uma função crítica mais vigorosa. O valor do fato não deve ser renunciável – podendo--se assinalar como uma das principais metas da teoria do bem jurídico a de não permitir que seja definido como crime o “comportamento meramente contrário aos bons costumes” ou “meramente imoral”¹⁹ – tampouco se deve confiar somente nos “olhos da lei” para determinação do valor. Pelo contrário, o caráter bom do bem jurídico deve constituir um “interesse vital” antes mesmo de seu reconhecimento jurídico. “Não é o ordenamento jurídico que gera o interesse, mas a vida; no entanto, é a proteção jurídica que eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico”²⁰, não estando claros, aqui, todavia, os critérios segundo os quais o Direito positivo distingue entre interesses a serem reconhecidos e interesses a serem rejeitados (criminosos também perseguem interesses)²¹. Com um otimismo menos marcado pelo naturalismo, a cultura vem ocupar, ao menos algumas vezes, o lugar da “vida” geradora de interesses. “Se quisermos saber como surgiram esses interesses, precisamos estudar a História da Cultura, mas também não podemos esquecer que alguns interesses fundamentais são inerentes à natureza humana.”²² Entretanto, a indeterminação da fonte de interesses “cultura” (uma cultura isolada do respectivo ordenamento jurídico?²³) enfraquece a potência crítica.

Nos últimos tempos, há um esforço no sentido de se manter a relação – compreendida no interesse²⁴ e positivamente valorada – entre uma pessoa e um fato²⁵ para o conceito de bem jurídico,

mas sem impor a este a função de designar a fonte daquela relação valorativa (vida, cultura, ordenamento constitucional etc.²⁶). Com essa inclusão da pessoa no mencionado conceito, torna-se mais fácil encontrar o caráter valioso do bem jurídico do que através da mera designação de objetos. É natural que, com isso, o bem jurídico perca em clareza, o que, todavia, deve ser aceito, pois, de qualquer forma, não existe outra possibilidade de defini-lo como algo mais concreto. Mas ainda é necessário que a inclusão da pessoa seja especificada. Não se trata do ato de valoração (que não necessita uma proteção jurídico--penal) realizado pela pessoa, mas da possibilidade de que uma pessoa realize seus interesses. A possibilidade atribuída a uma pessoa, e a ela relacionada, de utilizar e gozar de um fato positivamente valorado é o bem jurídico. Exemplo: bem jurídico dos crimes contra a propriedade não é a coisa sobre a qual se tem a propriedade, mas a relação de possibilidade de utilização entre proprietário e coisa.

Partindo da abordagem mencionada, os bens jurídicos, por exemplo, são definidos como "objetos em sua relação com as pessoas"²⁷, "unidades funcionais valiosas"²⁸, "potenciais"²⁹ ou "participais"³⁰, ou seja, condições da possibilidade de participar da interação social³¹. Na sequência, adotar-se-á o conceito de unidade funcional. Nesse conceito, torna-se claro que nem todo objeto de regulação de uma norma constitui um bem jurídico, mas, ao contrário, apenas aquele que tem que desempenhar uma função para a sociedade ou para um de seus subsistemas, inclusive o cidadão. Esse conceito evita, ademais, o mal-entendido de que um bem jurídico precisa ser algo perceptível

pelos sentidos ou mesmo referir-se a um objeto desse tipo. Contudo, o conceito da unidade funcional tampouco soluciona o problema de quais funções devem ser reconhecidas como juridicamente legítimas (uma associação com fins criminosos também é uma unidade funcional); nesse sentido, o conceito não oferece nenhuma vantagem em relação à noção de interesse: essa debilidade, como ficará demonstrado, é peculiar à Lei Fundamental do conceito de bem jurídico.

1.3 As teorias da prevenção especial

1.3.1 A problemática geral

Fala-se em prevenção especial quando se considera que a função da pena é manter o agente afastado de crimes futuros. Não se está afirmando que o conteúdo do Direito Penal alemão vigente esteja configurado na medida da prevenção especial por inteiro ou apenas em seus elementos essenciais; mas postula-se que o Direito Penal seja configurado *de lege ferenda*, de tal modo que esteja apto à prevenção especial ou, então, que seja substituído por medidas de reabilitação e segurança adequadas. A exigência mínima, em todo caso, é que se prescindam daquelas penas com cuja execução até mesmo se eleva o risco de que o agente cometa crimes ulteriores.

O efeito sobre o agente deve-se dar de forma que ele seja mantido afastado de outros crimes mediante força física ou, então, que seja levado, por sua própria vontade, a não praticar mais nenhum crime. Este último se dá pela via da reabilitação do agente, seja esta via a da educação, ou a do adestramento, ou a da

intervenção física (v. g., castração), ou, então, a vida da intimidação por meio de uma pena admonitória. Assim, na esteira de *von Liszt*, a função da pena ou da medida que a substitui ou flanqueia pode ser caracterizada da seguinte forma: "1. Reabilitação do criminoso suscetível ou necessitado de reabilitação; 2. Intimidação do criminoso necessitado de reabilitação; 3. Neutralização do criminoso não suscetível de reabilitação"³².

Não é evidente a resposta à pergunta sobre se e por que razão um modelo desse tipo funciona. Contudo, as dúvidas sobre o funcionamento não são oportunas enquanto surgir tanto sofrimento no tratamento de reabilitação, intimidação ou segurança dispensado ao agente, que este último fique marcado como titular dos custos da violação normativa ocorrida, pois, enquanto se imputar um mal como consequência, continuarão sendo possíveis os efeitos positivos da prevenção geral. A própria circunstância de se responsabilizar o agente e de se reagir contra ele caracteriza-o como origem do conflito, reafirmando-se, assim, a norma. Esses efeitos baseiam-se, porém, sobre a impressão que a sentença penal de imputação e o tratamento preventivo provocam na coletividade, não guardando, portanto, nenhuma relação com as particularidades da prevenção especial; trata-se, antes, de efeitos secundários de caráter preventivo-geral.

Especificamente preventivo-especial não é definir como conflito a violação efetiva da eficácia normativa através da violação normativa, mas considerar esta última como simples sintoma de futuros crimes a serem cometidos pelo mesmo agente; do ponto de vista preventivo-especial, o risco de que esses crimes venham a ser

cometidos é o que constitui o conflito. Portanto, é preciso renunciar à solução da frustração de uma expectativa normativa em favor da solidez da decepção diante de futuras expectativas cognitivas. Essa renúncia pode ter bom êxito se a solução cognitiva prometer sucesso e, ademais, se os decepcionados puderem definir o agente como diferente, anormal, necessitado ou algo semelhante, ou seja, em todo caso, uma pessoa que ocupa uma posição especial no que diz respeito à obediência normativa. Nesses casos, a obrigatoriedade normativa a todos impositiva não é afetada, pois o agente distingue-se de “todos” num aspecto relevante. O caso principal de aplicação dessa solução de decepção cognitiva é o tratamento preventivo daquelas pessoas para as quais são plausíveis tanto a educabilidade quanto um *deficit* de educação, concretamente falando: o tratamento de jovens e adolescentes. Por essa razão é que o Direito Penal Juvenil constitui um domínio da prevenção especial, e sua substituição por medidas não punitivas que, no caso ideal, nem sequer são sentidas como um mal, mas apenas constitui uma consequência preventivo-especial na medida em que um *deficit* educativo possa ser plausivelmente demonstrado e suprimido na prática, pois, do contrário, o Direito Penal Juvenil também se sujeita ao modelo da prevenção geral positiva³³.

No entanto, não se podendo determinar nenhuma particularidade no agente, a reinterpretação preventivo-especial do conflito no plano cognitivo traz como consequência necessária o fato de que, para os decepcionados, o seu próprio comportamento também se torna uma questão de caráter meramente cognitivo. Se o comportamento desviante praticado por uma pessoa qualquer

constitui uma frustração de expectativas cognitivas, como o é uma doença, a questão sobre como devemos nos comportar converte-se, para todos, na questão de como iremos nos comportar. Nessa abstinência normativa, a vida social (da mesma forma que a vida humana individual) já não pode mais ser organizável, pelo menos não se partirmos de uma sociedade como a atual.

Assim, existe ao menos a suspeita de que a prevenção especial apenas funciona quando flanqueada por efeitos secundários de cunho preventivo--geral. O próprio *von Liszt* admite, no caso de pessoas que não apresentam nenhuma particularidade relativamente a qualquer pessoa, que se façam considerações tácitas, ainda que de caráter inequivocamente preventivo--geral: no caso de reincidentes adultos, não se trataria tanto de reabilitação (que, em todo caso, traz para o agente não apenas um mal), mas de segurança, e não numa jaula de ouro, mas em "sujeição penal"³⁴. A insistência de *von Liszt* no princípio do fato também não se poderia basear apenas nas razões de Estado de Direito por ele exaltadas, mas também na força intimidadora de natureza preventivo-geral desse princípio.

1.3.2 A violação do princípio do fato

Também existem objeções mais enérgicas contra a prevenção especial. A mais importante é a violação do princípio do fato. Na prevenção geral, é possível – ao menos nominalmente – limitar a responsabilidade à medida do prejuízo que o agente, através de seu fato, tenha trazido à eficácia normativa (prevenção geral positiva) ou à expectativa fática da obediência normativa (prevenção geral negativa). Contrariamente, na prevenção especial,

é impossível, de antemão – com exceção dos delinquentes ocasionais –, desviar o agente apenas da punição dos crimes iguais aos que ele cometeu, deixando-o, ademais, sem tratamento. Não existe uma forma de dissuadir o agente unicamente de cometer furtos e fraudes de média gravidade ou outros crimes, *i. e.*, apenas crimes do tipo dos que ele praticou. Ainda que não se siga o princípio do tudo ou nada, mas que se aceite que o ser humano pode ser mais ou menos socialmente adaptado, carece de senso prático – ao menos na maioria dos casos – a ideia de que é possível adaptar uma pessoa não adaptada somente segundo o tipo e a medida do crime por ela cometido. A teoria da prevenção especial precisa, portanto, abandonar o princípio do fato: o fato é tão somente a causa do tratamento.

Obviamente, o fato não é senão uma causa deficiente da prevenção especial, pois, no mais das vezes – novamente, à exceção dos delinquentes ocasionais –, é cometido ou evidenciado num momento em que o lapso não é mais reversível. Os procedimentos aptos para a prevenção especial não são as penas ou outros tratamentos posteriores à prática dos crimes do Código Penal, mas seria, por exemplo, a assistência em caso de desemprego, indisposição para o trabalho, sobre-endividamento, dificuldades familiares, vícios, etc.

A discordância entre a vinculação do Direito Penal a um fato socialmente danoso (e não a uma situação de crescente inclinação ao crime) foi identificada por *von Liszt*. Consoante sua solução, deve ser o “Direito Penal... a barreira intransponível da política criminal”³⁵, o que significa que o “Direito Penal”, com o seu

princípio do fato, deve cuidar do “se” [*grifo nosso*] da pena, mas que é a “política criminal” que deve responder pelo tipo e medida da pena. Com isso, ambos os lados são beneficiados e prejudicados ao mesmo tempo: o princípio do fato deve sua origem às teorias da pena, que pretendem graduar a sanção de acordo com a dimensão do dano causado, e carece de função num modelo orientado para a prevenção especial. Nesse modelo, impede a eficácia, perdendo, por sua vez, metade de sua função, qual seja, a de indicar a medida do *deficit* de eficácia normativa e, por conseguinte, a medida da pena compensatória³⁶.

A dissociação com relação ao fato vai tão longe que, em vários casos, chega a ser impossível indicar uma determinada duração da consequência jurídica no momento da sentença, o que, do ponto de vista do Estado de Direito, é nocivo, em se tratando de consequências jurídicas que consistam principalmente em assistência, mas não nos casos em que constituem infligência de um mal. A razão da indeterminabilidade reside na circunstância de o fato (cometido) apenas ensejar uma adaptação social (futura) do agente; o olhar voltado somente para o futuro apenas não pode buscar como objetivo senão o efeito da adaptação social, e, muitas vezes, nem sequer é possível prever aproximadamente – e nunca se pode prever exatamente – quando esse fim foi alcançado³⁷. A admissibilidade de uma pena privativa de liberdade de duração indeterminada é, portanto, o principal sinal de reconhecimento de um Direito Penal orientado primordialmente para a prevenção especial (*vide* art. 19 da Lei dos Tribunais para a Juventude)³⁸.

Ademais, deve-se objetar contra esse modelo que, nele – assim como na prevenção geral negativa –, o *quantum* do dano social e o *quantum* da reação não estão associados, podendo-se chegar a desproporções severas. De acordo com os princípios da prevenção especial, o autor multirreincidente em crimes de lesão mínima deveria ser apenas “assegurado”, não obstante sejam meramente medianos os danos de seus crimes (ou seja, dever-se-lhe-ia impor uma custódia de segurança de alguns anos). É possível corrigir esses resultados com a ajuda do princípio da proporcionalidade, mas, nesse caso, esbarra-se na dificuldade de ter que se prescindir de uma reação preventivo-especial por falta de proporcionalidade, e de uma reação preventivo-geral, porque a prevenção geral não pode ser legitimada como mera preenchedora de lacunas. Surgem dificuldades parecidas no caso de autores de crimes graves que não carecem de nenhuma adaptação ou, senão, de muito pouca. São exemplos não só vários assassinos dos tempos do nacional-socialismo que, posteriormente, conseguiram levar, durante decênios, uma vida de respeito à legalidade, mas também agentes que se encontram em situações de conflito cuja reincidência é improvável; no caso de estrangeiros sem direito a asilo, bastaria a expulsão. Mas, em se renunciando a uma reação que compense os danos à eficácia normativa, eleva-se o risco – já descrito acima de forma geral com relação à prevenção especial – da possibilidade de perda total da orientação normativa.

1.3.3 Conceitos recentes

Certamente, a prevenção especial não está fixada na forma como *von Liszt* a projetou³⁹. A relevância das objeções citadas

tampouco goza de reconhecimento geral. Os postulados radicais que não mais reconhecem o “Direito Penal” como “barreira da política criminal” são representados, sobretudo, por uma ala da *Société Internationale de Défense Sociale*⁴⁰; *Grammatica*⁴¹: das “medidas’ a serem aplicadas no sistema da proteção social” deve-se exigir que “1. substituam totalmente as penas; 2. tenham um caráter unitário; 3. compreendam também medidas preventivas; 4. possuam um caráter indeterminado, de forma a sempre poderem ser modificadas ou substituídas, ou até mesmo totalmente concluídas, ao longo da execução, de acordo com o acompanhamento contínuo da personalidade; 5. não façam, em princípio, nenhuma distinção entre adultos e menores...; 6. sejam adequadas à pessoa, sem referir-se ao fato objetivamente considerado”.

Esta crítica da prevenção especial não tem o objetivo de desqualificar o processo de adaptação social, mas apenas a absolutização dessa adaptação. Partindo-se de um modelo em que estão conectados a medida do dano social ocorrido e a medida da pena, a prevenção especial, nas condições acima mencionadas, constitui uma estratégia alternativa para a solução do conflito e, além disso, o único ponto de vista segundo o qual é possível configurar a obrigação do agente de arcar com os custos de modo sensato também para este último.

Todavia, são estreitas as margens disponíveis para tanto, e não só em razão da limitação da duração da pena pela prevenção geral positiva ou em virtude da limitação fática dos meios, mas também por causa das limitações jurídicas da prevenção especial.

O Estado não está legitimado a otimizar a conduta moral dos cidadãos, precisando contentar-se com a observância externa do Direito (relegalização)⁴². Sobretudo, não é objetivo da prevenção especial criar um membro útil da sociedade, mas sim facilitar para o agente o comportamento legal. Por isso, a prevenção especial deve limitar-se, principalmente, à “liberação em relação a coerções externas e internas”⁴³, ou seja, à libertação de cargas *especiais* da pessoa, o que raramente poderá ser feito sem a contribuição do agente. Eliminadas as cargas, modifica-se também a estrutura das atitudes diante de normas informais, atitudes estas que constituem, em primeiro lugar, uma pessoa; todavia, isso somente pode realizar-se com meios que também sejam legítimos para qualquer outro cidadão que não tenha incorrido em pena⁴⁴.

Como o agente somente constitui causa determinante do conflito do ponto de vista normativo – sob o aspecto pedagógico ou psicológico podem surgir outras causas –, pode ser promissor para a prevenção de crimes que se inicie a reorganização por outro elemento que não o agente. Não é possível solucionar os conflitos tipicamente sociais de maneira eficaz por meio da prevenção especial⁴⁵.

1.3.4 As teorias da união

Os aspectos individuais das teorias da pena podem ser combinados⁴⁶. Isso pode ter diversos significados⁴⁷⁻⁴⁸:

Quando se fala em combinação não se quer dizer que a deficiência de uma teoria que a torna inaplicável na prática deva

ser suprida por uma outra teoria; nesses casos, a teoria deficitária resta absolutamente inapta. Exemplo: as teorias da retribuição, que necessitam ser complementadas com considerações sobre a necessidade de retribuição, são inaptas enquanto teorias da retribuição para a fundamentação da necessidade da pena; por trás da combinação, escondem-se teorias preventivas⁴⁹. Ademais, ao se falar de combinação, tampouco se quer dizer que várias teorias podem ser cumuladas, pois, sendo divergentes os objetivos dos modelos combinados, a combinação leva à indeterminabilidade da pena; isso fica manifesto, por exemplo, no Projeto de 1962, que parte da pena de culpabilidade, mas que, além disso, pretende alcançar a prevenção de crimes por meio da intimidação geral e especial, da ressocialização e da proteção do agente⁵⁰, sem que esteja claro como esses *desideratos* poderiam ser reduzidos a um denominador comum.

Não é possível, através da combinação, escapar à tarefa de desenvolver *uma* teoria para uma pena *praticável*. No início da presente exposição, designou-se a essa teoria de prevenção geral positiva, que, na sequência, deverá ser abordada em detalhes, sobretudo em relação à culpabilidade. Mas essa teoria (como qualquer outra) não se estende a cada setor do processo punitivo em sua totalidade, deixando alguns nichos sem configuração, os quais podem ser preenchidos por outras teorias *de forma subsidiária*, considerando-se como teoria subsidiária apenas a prevenção especial, pois a teoria da retribuição, a teoria da expiação e a teoria da prevenção geral negativa devem ser totalmente rejeitadas. Como consequência principal, toda a

execução da pena, para a qual a teoria da prevenção geral especial em nada contribui, deve ser configurada da forma mais efetiva e preventivo-especial possível (art. 2º e ss. da Lei de Execução Penal)⁵¹. Mas a prevenção especial também repercute sobre as margens penais a serem escolhidas pelo legislador, bem como sobre a atribuição da pena, pois, com a teoria da prevenção geral especial, não é possível calcular *quanta* de pena claramente determinados (tampouco com outras teorias), mas ela indica uma margem que é formada pela reação que já pode ser levada a sério e pela reação que ainda não é exageradamente grave. Essa margem pode ser complementada pela prevenção especial, contanto que sejam possíveis medidas efetivas nesse sentido; caso contrário, é preciso ater-se à medida mínima da reação que já deve ser levada a sério⁵². Os pormenores constituem objeto da teoria da atribuição da pena.

A despeito dessa unificação da prevenção geral positiva com a prevenção especial subsidiária, existe sempre uma concorrência de ambas as prevenções como *equivalentes possíveis* (ao lado de outras) para a solução de conflitos, devendo a equivalência ser determinada em função de sua eficácia, não se pressupondo nenhuma semelhança entre as formas de solucionar (não necessariamente a pena). A resposta à pergunta sobre o tipo de solução que deve ser escolhido não precisa recair sempre apenas sobre um único modo de solucionar (*e. g.*, apenas para a prevenção geral: art. 56, § 3º do Código Penal), mas pode atribuir uma parte a cada um dos tipos de solução e, nesse sentido, unificá-los; exemplos disso são o *sursis* e os institutos jurídicos

assemelhados (arts. 56, 57, 59 do Código Penal): ao lado da coerção preventivo-social para o comportamento legal que a pressão punitiva concretizada exerce, possivelmente combinada com instruções e com a assistência ao condenado em *sursis* (arts. 56, *c, d*, do CP), surge a desaprovação pública de cunho preventivo-geral, possivelmente combinada com encargos (art. 56, *b*, do CP).

O principal exemplo do último tipo de unificação mencionado é o [*sistema do*] *duplo binário* das consequências jurídicas no direito vigente: na medida do proporcional (art. 62 do CP) e do necessário, surgem medidas preventivo-especiais de reabilitação e segurança (art. 61 do CP) juntamente com a pena por comportamento punível. No entanto, essa combinação é duplamente rompida em favor da prevenção (sistema vicariante): o tempo de cumprimento da medida é computado da pena em caso de cumprimento antecipado (art. 67, § 4º, do CP), e, caso a medida atinja seu objetivo, a pena pode ser condicionalmente suspensa se metade dela já foi cumprida, sem que os pressupostos do art. 57, § 2º, do CP precisem estar satisfeitos⁵³ (art. 67, § 5º, do CP).

1.4 As funções das medidas de reabilitação e segurança

1.4.1 Teorias das medidas de reabilitação e segurança

O Direito vigente também prevê como reação ao crime, além das penas, ou em substituição a elas, as medidas de reabilitação e segurança: art. 61 do CP. Assim como a pena é uma reação a um

dano à eficácia da norma, a medida é uma reação a um risco de reincidência objetivado no fato. Esse *duplo binário* da reação, já mencionado nas teorias da união, impõe-se quando há uma divergência entre a pena e o necessário à prevenção especial; assim, a sustentação do duplo binário no Direito vigente repousa sobre as tentativas de combinar as vantagens de uma pena vinculada à culpabilidade com algumas vantagens do tratamento eficaz do ponto de vista da prevenção especial⁵⁴. Em razão da bifurcação da reação, os prevencionistas fizeram a crítica – justificada, do ponto de vista deles – da “burla de etiqueta”⁵⁵. As modalidades individuais de pena, em especial o *sursis* (arts. 56 e ss. do CP alemão) e a primazia da pena pecuniária (art. 47 do CP alemão) também são medidas de reabilitação e segurança, mas inseparavelmente vinculadas a uma pena⁵⁶.

A teoria das medidas de reabilitação e segurança não foi tão desenvolvida de maneira tão diferenciada durante muito tempo como a teoria das penas⁵⁷. Em geral, conformamo-nos com a constatação de que uma medida deve – nos limites da proporcionalidade (art. 62 do CP) – preservar o interesse comum⁵⁸. Naturalmente, não se vai muito longe com isso, pois continua não sendo claro como devem ser avaliados os interesses do agente: se tão pequenos quanto os interesses de um agressor na legítima defesa ou se tão grandes quanto os interesses de um terceiro não envolvido no caso de estado de necessidade agressivo. Tampouco está claro o que seja o dano iminente ao interesse comum: a lesão iminente ou a periclitação provocadas por uma

catástrofe natural, ou a lesão iminente da eficácia da norma, ou uma forma intermediária etc.

Mais concreta é a proposta de se compreender as medidas de reabilitação e segurança como a legítima defesa⁵⁹. Todavia, como a legítima defesa não se adéqua exatamente à ação de repulsa estatal e como, ademais, na imposição das medidas de reabilitação e segurança, falta o caráter drástico de uma agressão atual, o paralelo com a legítima defesa não tem êxito do ponto de vista material⁶⁰.

De acordo com uma solução eticista, a medida de reabilitação e segurança deve compensar a perda da “liberdade interna” do agente e há que ser justificada precisamente em razão dessa perda: “quem já não domina, em absoluto, sua liberdade interna, dirigida pela autodeterminação ética (como acontece com os doentes mentais) ou, em consequência de más inclinações, vícios ou maus costumes, não a domina suficientemente, não pode reivindicar a liberdade social completa”⁶¹. É claro que essa solução não avança nada em relação às medidas impostas paralelamente à pena em razão de um fato totalmente punível⁶²; se o agente precisa responder totalmente pelo uso de sua “liberdade”, de acordo com a solução mencionada, ele teria também que poder reivindicar a liberdade social completa.

Por fim, as medidas de reabilitação e segurança também se classificam entre as instituições já conhecidas do Direito: em parte, seriam “medidas tutelares jurídico-civis”, e, em parte, verdadeiras

penas⁶³. Há que se considerar como pena, sobretudo a custódia de segurança: “quem levou uma vida de delinquente habitual mereceu a pena privativa de liberdade indeterminada”⁶⁴. Isso passa, todavia, pelo princípio do fato: deve-se sempre determinar os fatos ocorridos; por isso, as consequências indeterminadas não apenas se vinculam aos fatos já consumados, como também, pelo menos, ao risco de que ocorram fatos no futuro; entretanto, não se pode punir, já no presente, o que ocorrerá no futuro.

Todas as medidas devem compensar uma deficiência *habitual* do agente, não valendo para aquele cujo fato pode ser esclarecido por razões *situacionais*, como acontece, sobretudo, no caso de ausência de culpabilidade, nos termos dos arts. 17 (sem diagnóstico), 33, 35 do CP ou também de desistência, arts. 24 e 31 do CP. Caso coincidam uma *deficiência* habitual (*v. g.*, uma doença mental) e uma razão situacional (como um estado passional, nos termos do art. 33 do CP), fica excluída a aplicação de uma medida, contanto que a razão situacional codetermine o fato, mesmo que de forma insignificante.

1.4.2 A diferenciação da função da medida de reabilitação e segurança

Para que se chegue à solução, impõe-se uma descrição mais exata da relação entre o conflito que o agente provocou através de seu fato e a medida de reabilitação e segurança. Para tanto, deve-se estabelecer, de antemão, em relação a todas as medidas, que elas estão praticamente vinculadas a um mal que o agente deve suportar. Por isso, as medidas também apresentam o efeito secundário preventivo-geral (de validação da norma) já designado

quando se tratou da prevenção especial. Apesar disso, para esclarecimento da relação entre conflito e medida, há que se distinguir entre os seguintes tipos: (a) as medidas complementares da pena, (b) as medidas substitutivas da pena e (c) as medidas representativas da pena.

No que concerne às medidas *complementares da pena*, ou seja, as medidas impostas juntamente com a pena, deve-se observar a seguinte relação: é duvidoso que se possa, de alguma forma, manter expectativas que apenas normativamente estão asseguradas contra decepções. Em todo caso, as expectativas elementares estabilizadas pelo Direito Penal também necessitam de um alicerce cognitivo. Com a pena não se pode compensar a perda em bens que a vítima sofre. Por isso, também faz parte dos pressupostos de todo contato social (não imposto), além da certeza de que intervirá uma garantia normativa (ou seja, além da certeza de estar dentro da lei) em caso de decepção, a probabilidade (menos segura) de que se sairá ileso da situação com seus bens elementares. Exemplo: uma pessoa que, segundo uma previsão, certamente seria atropelada por um condutor embriagado se saísse à rua, evitaria sair, apesar da garantia de estar dentro da lei. Contudo, a garantia cognitiva pode ser mais frágil que a garantia normativa; a dificuldade da garantia normativa consiste justamente no fato de a norma também poder ser aceita como um modelo de comportamento universalmente vinculante, mesmo quando uma violação normativa não seja excluída do ponto de vista cognitivo. Todavia, isso não significa que se possa prescindir da obstrução de fontes de perigo evidentes. A garantia normativa atua somente como uma garantia útil quando a violação normativa também é

seriamente combatida sob o aspecto cognitivo, pois, como ninguém pode viver apenas de “ter direito” [*grifo nosso*], tampouco se pode organizar a vida apenas com a certeza de que intervirá uma garantia normativa em caso de necessidade. Em razão dessa constatação, são necessárias as medidas complementares da pena, como o internamento em hospital psiquiátrico (art. 63 do CP), ou em estabelecimento de desintoxicação (art. 64 do CP) ou em custódia de segurança (art. 66 do mesmo diploma) paralelo à pena, entre outras. A função dessas medidas de reabilitação e segurança consiste em produzir aquele grau de segurança cognitiva sem o qual a garantia normativa não fornece um fundamento apto de organização.

Uma medida que acompanha uma pena também serve à manutenção da eficácia normativa; ela sustenta o efeito da pena sobre o fato ocorrido através do respaldo cognitivo da norma, ou seja, não obstante o efeito preventivo-geral secundário já mencionado, que resulta principalmente do caráter de mal próprio à medida de reabilitação e segurança. A vinculação entre esta última e a eficácia normativa explica por que a violação normativa deve ser sintomática do perigo de violações ulteriores: não se trata de proceder a uma revisão geral da pessoa por ocasião do fato, mas o efeito indiciário do fato impede uma regulação da situação unicamente por meio da pena.

Em razão de sua mera função auxiliar, a medida complementar da pena deve ter seu *quantum* limitado ao necessário para sustentar o efeito da pena. Essa limitação é altamente significativa para a conclusão de uma medida: a medida

não deve terminar apenas quando o perigo de outros crimes esteja afastado, mas sim quando a validade da norma não esteja mais em dúvida, por ter sido empreendida uma tentativa de reabilitação séria e não manifestamente fracassada (ou, na custódia de segurança, uma expectativa análoga de circunstâncias modificadas).

Nas medidas *substitutivas da pena*, ou seja, impostas por causa de um comportamento não culpável do agente – além de efeitos secundários preventivo-gerais da inflicção de um mal –, não subsiste senão a relação superficial com a eficácia da norma que resulta do fato de que se procede, de alguma forma, contra o autor e de que, portanto, conflito e autor – enquanto causa do conflito – são levados a sério (a meras indelicadezas ou grosserias não se seguem reações de cunho reabilitador ou assecuratório). Mas uma medida substitutiva da pena não tem função simplesmente auxiliar; ela constitui um tipo de solução próprio. Como o conflito é combatido apenas cognoscivelmente e não normativamente, a medida também precisa ter êxito sob o aspecto cognitivo: o objetivo não é, diferentemente do que acontece na medida complementar da pena, a eficácia normativa, mas a eliminação do perigo.

Entre os dois tipos de medida anteriormente mencionados está a medida *representativa da pena*, ou seja, aquela que é imposta ou executada em relação ao agente punível (art. 6º, §§ 4º e 5º do CP). Em comum com a medida complementar da pena, ela tem apenas o fato de constituir uma reação a uma violação normativa imputável; com a medida substitutiva da pena, a

característica de a solução do conflito ser totalmente buscada no campo cognitivo. A norma violada deve ser estabilizada através da elevação da chance fática de que ela seja observada. Trata-se, portanto, do fortalecimento da eficácia normativa exclusivamente por meio da eliminação do perigo. Não se sabe se de fato isso só é realizável em casos isolados.

A consecução das finalidades das medidas deve ser determinada de acordo com sua função. Na medida substitutiva da pena, trata-se simplesmente de criar a segurança cognitiva necessária ao respaldo de uma garantia normativa. Em contrapartida, nas outras duas medidas, o conflito precisa ser solucionado de forma totalmente cognitiva e, portanto, nelas, a comprovação da eliminação do perigo deve ocorrer segundo um critério mais severo.

Na avaliação da *proporcionalidade*⁶⁵ também resultam diferentes concorrências e ponderações de interesses conforme o tipo da medida. Enquanto numa medida complementar da pena e (não obstante o procedimento cognitivo) também numa medida representativa da pena, trata-se principalmente da manutenção da confiança normativa geral, na medida substitutiva da pena, é primordial a eliminação de perigos para bens (não para normas), o que é menos relevante. Os interesses do autor devem ser avaliados como insignificantes na mesma medida em que ele tenha sido responsável pelo perigo, de modo que, nesse sentido, uma mesma reação pode ser proporcional relativamente a um delinquente habitual que tenha agido culpavelmente, mas desproporcional se aplicada a um doente mental. Além disso, na medida representativa

da pena – contrariamente ao que acontece na medida complementar da pena – é preciso considerar, em detrimento do agente, que nenhuma pena lhe é aplicada, não obstante seu comportamento punível. A formulação genérica do art. 62 do CP não leva em conta essa necessidade de ponderações diferenciadas⁶⁶. Os pormenores fazem parte da teoria das consequências jurídicas.

2 DELIMITAÇÃO DA PUNIÇÃO ESTATAL CONSOANTE O DIREITO PÚBLICO

2.1 As contravenções

2.1.1 Evolução histórica

Existem normas através das quais é (co)definida a identidade de uma sociedade, de um Estado ou de uma pessoa. Entre elas estão, por exemplo, as normas centrais do Código Penal, sobretudo na medida em que garantem o direito à existência de todos os cidadãos e os princípios fundamentais do ordenamento constitucional. Em volta desse campo nuclear de normas penais de contornos apenas obscuramente definíveis, existem esferas de normas derivadas (“auxiliares”) de importância real ou supostamente decrescente, em que o decréscimo pode aproximar gradualmente o comportamento normatizado do socialmente adequado. Nos círculos externos, trata-se apenas de evitar perigos abstratos (exemplo: embriaguez no trânsito – art. 316 do CP) ou de garantir que o controle estatal de comportamentos perigosos

permanença organizável (exemplo: conduzir sem carteira de habilitação – art. 21, §§ 1º e 2º da Lei de Trânsito). Quanto menos evidente for a relação com o campo nuclear e quanto mais o comportamento antinormativo se aproximar do socialmente adequado, menos necessário – e, frequentemente, menos tolerável – será reagir a uma violação normativa da maneira como se reage à violação das normas nucleares. Nesse decréscimo gradativo da reação, trata-se não de uma atenuação da medida da pena (exemplo: algumas violações do regulamento interno de um órgão legislativo – art. 112 da Lei das Contravenções – podem ser mais sensivelmente punidas que algumas violações de domicílio – art. 123 do CP); ao contrário, uma reação do tipo da que se faz à violação das normas nucleares deve dar lugar a uma reação não carregada de *odium* para que ela sirva (também) à solução da criminalidade nuclear. Juntamente com a possibilidade dessa distinção jurídico-material está a de uma solução processual simplificada.

O Código Penal de 1871 fez uma separação jurídico-material muito sutil ao incluir a criminalidade do campo marginal, juntamente com alguns crimes de lesão mínima da criminalidade do campo nuclear (exemplo: furto famélico – art. 370, § 1º, n. 5 do CP, antiga redação – como privilegiação do furto e da apropriação indébita) no Direito Penal, mas numa categoria de infrações situada entre o crime (*Verbrechen*) e o delito (*Vergehen*): as transgressões (*Übertretung*). Uma transgressão era um comportamento ao qual se cominava retenção (*Haft*) ou uma (pequena⁶⁷) pena de multa (art. 1º, § 2º do CP, antiga redação, arts. 360 e ss. do CP). Às

transgressões aplicavam-se algumas regulações especiais da parte geral (sobretudo a punibilidade apenas limitada de crimes cometidos no estrangeiro e a ausência de punibilidade para a tentativa e o auxílio – arts. 6º, 43 e 49 do CP, antiga redação). A solução processual das transgressões acontecia judiciariamente, com todas as garantias processuais essenciais⁶⁸. Essa regulação vigorou até 1975⁶⁹ – flanqueada, porém, durante muito tempo, pelas contravenções, que ainda serão tratadas. Uma solução exclusivamente penal-criminal e judiciária não tinha nem passado, nem futuro:

Anteriormente, durante séculos, existiu, ao lado do Direito Penal Criminal, um Direito Penal Policial⁷⁰, pelo qual eram punidos – juntamente com alguns crimes leves (e não apenas crimes de lesão mínima) – fatos que não consistiam na lesão ou na ameaça dos direitos subjetivos de um indivíduo, mas na infração de disposições para a prevenção preambular (antes do perigo concreto) de perigos. A noção racionalista de que somente a violação de direitos subjetivos é criminosa ainda se faz sentir na teoria de M. E. Mayer sobre os “crimes administrativos” como crimes “culturalmente indiferentes”: “um homem que cumpre cuidadosamente todos os deveres que lhe são impostos pela tradição cultural não está cumprindo todas as obrigações que tem para com o governo... O injusto criminal é injusto por força de lei e em virtude de sua nocividade cultural; o injusto policial é injusto por força de lei”⁷¹. Essa distinção de um limite entre justo e injusto do Direito Criminal, que apenas deve ser adotado pelo Estado, e um limite a ser traçado pelo Estado no caso de injustos não penais-

criminais encontra-se presente até hoje – porém, sem a equiparação entre administração e prevenção de perigos –, por exemplo, na formulação de que a antijuridicidade das “contravenções contra a ordem administrativa” depende de essas contravenções “infringirem preceitos positivos que excluem do espaço dos comportamentos fundamentalmente livres e autorizados certos enclaves transitórios de proibições e mandamentos jurídicos”⁷².

A teoria moderna do Direito Penal Administrativo inicia-se com Goldschmidt⁷³. Segundo ela, o Direito Penal Administrativo não serve ao Estado que repele perigos, mas àquele que fomenta o “bem-estar”. Da mesma forma que o “bem-estar... nunca (pode) se tornar uma situação”, sendo “sempre, necessariamente, um objetivo, uma ânsia não aplacada”⁷⁴, o crime administrativo não produz um dano ao que existe (*damnum emergens*), mas causa a perda de lucros (*lucrum cessans*)⁷⁵. Todavia, cabe apenas à própria administração definir o que é lucro e estabelecer quando é necessário que os cidadãos apoiem a atividade do Estado de fomentar o bem-estar⁷⁶. Como injusto do crime administrativo “resta apenas, portanto, a omissão característica do apoio à Administração estatal orientada para o fomento do bem-estar público ou estatal, ou para o que se apresenta ficticiamente como tal fomento. Nisso consiste a infração administrativa...”⁷⁷. Nessa solução, a pena administrativa converte-se em “autotutela” da administração⁷⁸, cuja execução Goldschmidt atribui, contudo, aos *tribunais* administrativos⁷⁹.

Os elementos fundamentais dessa teoria de Goldschmidt⁸⁰ foram retomados por E. Wolf depois de aproximadamente três séculos nos termos da Filosofia dos valores (separação entre valor de justiça e valor de bem-estar)⁸¹ e meio século mais tarde, ainda influenciaram – por intermédio de Eb. Schmidt⁸², todavia, numa referência, em parte, apenas verbal – a Lei Penal Econômica de 1949⁸³. Essa lei foi promulgada para vincular o poder punitivo administrativo, que passou a incumbir ao Estado quando do direcionamento da economia nos últimos anos dos tempos de crise (sobretudo ao tempo da Primeira Guerra Mundial e a partir do fim dos anos 20 do século passado) e que, nos tempos do nacional-socialismo, ganhara um caráter totalitário. Segundo o art. 6º dessa lei, há que se distinguir entre crimes econômicos e contravenções. Os primeiros são castigados com penas criminais e julgados judiciariamente, os últimos (os sucessores dos crimes administrativos de Goldschmidt) são punidos pelas autoridades administrativas, num processo administrativo, com multa administrativa. O critério da diferenciação⁸⁴ deve considerar, em primeiro lugar, se os efeitos do fato permanecem no âmbito interno da Administração (sendo, portanto, contravenções) ou se são suscetíveis de afetar “a capacidade da ordem econômica protegida pelo Estado” (art. 6º, § 2º, n. 1 da Lei Penal Econômica de 1949). Esse critério já estabelece, (ao menos) em parte, uma distinção quantitativa, mas qualitativa. Por outro lado, o que é determinante é a atitude do agente contra a ordem econômica (habitualidade, interesse próprio, etc.: crime; art. 6º, § 2º, n. 2, da Lei Penal Econômica de 1949);

assim, o limite não se estabelece mais – diferentemente do que acontece em Goldschmidt – segundo particularidades do âmbito de regulação do Direito Penal Econômico, mas de acordo com valorações não específicas (que, ademais, como sói acontecer nos elementos subjetivos do injusto, permanecem difusas). Essa separação entre crime e contravenção significa, ao mesmo tempo, uma separação entre os tipos de solução: as contravenções apenas são punidas judiciariamente mediante reclamação do afetado, em outros casos, com multa imposta pela Administração.

2.1.2 Estágio atual

Em 1952, criou-se uma ampla lei-base para as contravenções⁸⁵. A Lei das Contravenções⁸⁶ em vigor estabelece um limite formal entre crimes e contravenções: estas são caracterizadas pela cominação legal de multa administrativa (art. 1º, § 1º da Lei das Contravenções). As multas administrativas não podem ser convertidas em pena privativa de liberdade complementar, mas podem ser exigidas através de pena coercitiva (art. 96 da Lei das Contravenções). Essa lei tem uma parte geral própria, cujas regulações relativas à imputação correspondem essencialmente àquelas do Código Penal (arts. 8º a 13, 15, 16, 29 da Lei das Contravenções; divergem, porém, a autoria unitária, segundo o art. 14 da mesma lei, da mesma forma que a possibilidade de impor multa administrativa como consequência acessória a pessoas jurídicas e a associações de pessoas, art. 30 da Lei das Contravenções). Vigora o princípio da legalidade (art. 3º da Lei das Contravenções). A regra da eficácia territorial obedece mais estritamente ao princípio da territorialidade do que no caso dos

crimes (art. 5º da mesma lei). O procedimento para punição é conduzido pela autoridade administrativa (arts. 53 e ss. da Lei das Contravenções), o que não deixa de ser problemático, considerando-se o art. 92 da Lei Fundamental⁸⁷. Diferentemente do que ocorre no processo penal (art. 152, § 2º do CPP), não se aplica o princípio da legalidade (portanto, não há obrigação persecutória por parte da autoridade administrativa), mas sim o princípio da oportunidade vinculado a uma discricionariedade funcional (art. 47 da Lei das Contravenções). Não obstante a imposição da multa num processo administrativo, o Direito das Contravenções é considerado parte do Direito Penal, em sentido amplo, e não do Direito Administrativo⁸⁸, de modo que a competência legislativa da Federação rege-se pelo art. 74, n. 1, da Lei Fundamental.

Discute-se se as particularidades materiais (multa em vez de pena⁸⁹) e processuais relevantes (processo administrativo regido pelo princípio da oportunidade em vez de processo judicial guiado pelo princípio da legalidade) das contravenções repousam numa diferença quantitativa em relação aos crimes, ou se as contravenções apresentam também um injusto e uma culpabilidade próprios sob o aspecto qualitativo⁹⁰, sendo que a diferenciação, segundo critérios qualitativos e quantitativos, é comum, mas pouco expressiva, pois o âmbito dos crimes em si já não é qualitativamente homogêneo conforme a direção em que se olhe. Durante o debate, apontaram-se vários elementos de uma violação normativa como possíveis focos de uma diferença qualitativa: somente nos crimes é que se trataria da proteção do bem jurídico; nas contravenções, porém, tratar-se-ia de "mera

antinormatividade". As contravenções não se assentariam num injusto alicerçado na "ética social" ou a culpabilidade, nas contravenções, não se assentaria numa "censura da atitude"; pelo contrário, tratar-se-ia de uma "negligência sem expressão ético-social"; os efeitos das contravenções permaneceriam internos à Administração ou, na pior das hipóteses, constituiriam perigos abstratos, entre outras coisas.

O Direito positivo vigente opõe-se a uma delimitação rigorosamente qualitativa entre crimes e contravenções. No Direito Penal do Trânsito (*v. g.*, art. 316 do CP como crime; art. 24, *a*, da Lei de Trânsito como contravenção) e no Direito Tributário (*e.g.*, art. 370 do CT como crime; art. 378 do mesmo diploma como contravenção), por exemplo, não é possível estabelecer, no limite entre crime e contravenção, diferenças qualitativas claramente determináveis na prática. Em alguns complexos regulados homogeneamente como contravenções também é possível extrair alguns grupos de casos que, sob o aspecto qualitativo, são comparáveis aos crimes, como acontece com algumas infrações da Lei sobre Restrições à Concorrência (arts. 38 e ss.). A classificação é determinada, nos âmbitos mencionados, por suposições acerca da forma como se deve dirigir o processo correspondente na prática (crimes de trânsito em massa) e da suficiência da multa.

Os critérios de diferenciação mencionados na teoria, em parte, estão ultrapassados e, em parte, não são necessariamente qualitativos por natureza. A argumentação de uma posição especial da Administração está superada: seu funcionamento pode ser definido como bem jurídico tanto quanto qualquer outra unidade

funcional⁹¹; trata-se unicamente de saber quando e em que medida a Administração é digna de proteção. Todos os outros critérios podem ser interpretados como pontos-limite de diferenças quantitativas: desde o injusto de lesão respaldado pela Ética social e cuja concretização culpável merece uma censura de atitude até a simples desobediência em relação a uma norma que proíbe perigos abstratos, estende-se uma escala não graduada de grandezas intermediárias. Dever-se-ia considerar totalmente errôneo pretender descrever a diferença apenas sob o aspecto da infração normativa, pois a possibilidade de solucionar um conflito pela aplicação de multa em vez de pena depende também de fatores que não estão necessariamente vinculados ao injusto e à culpabilidade (contexto normativo; sensibilidade dos grupos de agentes à punição; possibilidade de impor também multas muito altas, entre outros). Entretanto, essa complexa reflexão sobre violação normativa e reação foi pouco desenvolvida até o presente momento. Por fim, é discutível, em geral, que se busque uma diferença qualitativa enquanto não se estabelecer em que dimensão a multa é entendida pelos destinatários como uma reação peculiar (e não apenas como uma pena atenuada).

Evidentemente, é possível mencionar regras de classificação, mas todas elas se conectam a critérios quantificáveis: a) as normas cuja violação se dá essencialmente por meio de um comportamento que se distingue apenas levemente dos “socialmente adequados” [*grifo nosso*] (p. ex., arts. 117 a 119, da Lei das Contravenções) adequam-se melhor ao âmbito das contravenções. b) O mesmo vale para normas cuja finalidade consiste em solucionar casos cujas

consequências são insignificantes (v. g., art. 111 da Lei das Contravenções e vastos campos das contravenções de trânsito que englobam os perigos abstratos⁹²). c) Além disso, pertencem mais às contravenções – em caso de agentes não adstritos a obrigações especiais – aquelas formas de comportamento que perturbam o Estado na concretização de objetivos *intercambiáveis* na prática. O resultado do fato é determinado aqui pela “arbitrariedade da Administração”; esta poderia ser a ideia fundamental da teoria do “injusto administrativo especial”. Sendo *fixos* os objetivos, haverá crime (e.g., arts. 138, 153 e ss. do CP) sempre que a norma não contemplar apenas os casos de lesão mínima. As normas que podem ser impostas pela via da coerção administrativa ou mediante denegação de vantagens não necessitam sequer de uma proteção mediante cominação de multa⁹³.

Não existe uma distinção qualitativa positiva das contravenções. No entanto, pode-se muito bem designar o que jamais pode ser contravenção, mas tão somente crime ou ato isento de qualquer castigo: a violação das normas do campo nuclear, por menos claros que sejam seus limites. O campo nuclear da constituição social e estatal nem sempre está protegido por normas penais (o caráter social do Estado, por exemplo, não está garantido nem pelo Direito Penal, nem pelo Direito das Contravenções). Todavia, quando existe uma garantia, ela deve ser tanto mais rígida quanto mais fundamental for o campo nuclear. Os casos de lesão mínima nas infrações daquelas normas que pertencem ao campo nuclear também não devem ser solucionados como contravenções, mas como crimes, num procedimento penal:

toda reação deve ter em conta o contexto normativo em que se insere o caso concreto; nas normas nucleares, esse contexto normativo sempre se estende para além do campo da insignificância da lesão no caso concreto, pois a violação insignificante de uma norma nuclear no caso concreto também fere um princípio elementar, relevante para a definição da sociedade e não apenas para sua estabilidade fática. Nessas normas, trata-se de algo além da estabilidade ou do declínio de bens, trata-se de partes indispensáveis da identidade da sociedade. Exemplo: uma tentativa de homicídio simples que, além de ser de menor gravidade (arts. 22, 212, 213 do CP), beira os limites do excesso na legítima defesa (art. 33 do CP), etc., pode ser punida com uma pena mínima ou mesmo nem ser punida; contudo, puni-la com uma multa, como no caso de estacionamento incorreto ou perturbação sonora, seria desatar a sólida ancoragem que prende a proibição de matar ao campo nuclear. Isso pouco poderia mudar com uma classificação processual dessas contravenções no Código de Processo Penal. É por isso que se proíbe, sobretudo, um deslocamento dos pequenos crimes contra a propriedade e o patrimônio para o campo das contravenções, pois que o princípio da proteção desses bens pertence ao campo nuclear⁹⁴.

2.2 As medidas disciplinares

2.2.1 Necessidade das medidas disciplinares

As organizações (aqui entendidas como sistemas inferiores à sociedade e ao Estado) que não podem ser substituídas ou dissolvidas sem substituição possível, necessitam de uma garantia

das normas necessárias ao cumprimento de suas funções de organização. Relativamente a pessoas externas à organização⁹⁵, a garantia se dá por meio do Direito Penal ou – sobretudo no que concerne aos deveres de cooperação em relação à Administração – através do Direito das Contravenções; essas normas podem ter conteúdo geral ou estarem configuradas de forma específica à organização (como, por exemplo, as normas dos crimes das seções IV a VI da parte especial do CP). Em relação aos membros da organização, também existem normas específicas à organização penalmente garantidas – além das normas penais gerais –, como os arts. 121, 258 a, 331 e ss. do CP, arts. 15 e ss., 19 e ss., 30 e ss. da Lei das Contravenções), mas sem que as garantias necessárias sejam fornecidas pelo Direito Penal, mesmo que aproximadamente, de maneira exaustiva.

Para a classe dos membros de organizações imprescindíveis – a mais importante na prática –, os *servidores públicos*, o Código Geral Prussiano de 1794 previa um rol detalhado de normas penais (arts. 323 e ss. II 20 do Código Penal Prussiano), autorizando um sistema de sanções convenientemente diferenciado que fazia com que cada sanção imposta também fosse conveniente às necessidades da Administração⁹⁶. O elemento comum desses “crimes dos servidores públicos” não era o objeto da agressão (a organização), mas sim o *status* do agente de servidor público. Já a partir da metade do século XIX, deixou-se de recorrer à solução jurídico-criminal da questão disciplinar por diversos motivos⁹⁷: os crimes cometidos por servidores públicos rapidamente deixaram de satisfazer as exigências crescentes pela taxatividade das leis

criminais. Ademais, em razão da transformação do entendimento do Direito Penal (retribuição ou prevenção geral através da retribuição), faltava um sistema de medidas de reabilitação e segurança penais adequado às necessidades da administração do aparelho administrativo. Mas, nos crimes aqui tratados, foi principalmente a visão dos criminalistas que se deslocou do agente para o resultado; os "crimes dos *servidores públicos*" transformaram--se em "crimes e transgressões no exercício da *função*" (XXVIIIª seção da parte especial do Código Penal Prussiano de 1851) e passaram a poder ser cometidos também por administradores públicos sem o *status* de servidor público (*vide*, atualmente, o art. 11, § 1º, n. 2 a 4 do CP).

O vazio deixado por essa importante retirada do Direito Penal do âmbito da relação pessoal do funcionário vem sendo preenchido por *regulações jurídico-disciplinares*. A relação entre esse Direito Disciplinar e o Direito Penal ainda não foi detalhada de forma especialmente convincente. As obscuridades resultam, primeiramente, das definições, já pouco claras em si, das finalidades do Direito Penal e do Direito Disciplinar, que, em parte, são formuladas de maneira completamente errônea: retribuição *versus* oportunidade. Além disso, dentro do Direito Disciplinar, discute-se a significação de uma violação de confiança para a determinação do dano à organização; trata-se aqui do problema sobre em que medida a transgressão disciplinar deve ser derivada do antigo crime estamental (*Standesverbrechen*). A solução é dificultada pela ausência de formulação de tipos de infrações disciplinares.

Naturalmente, a questão da relação entre violação de confiança e danos à organização não se coloca nos casos de organizações que recrutam coercitivamente seus membros (alunos, presos – *vide* arts. 102 e ss. da Lei de Execução Penal) quando a lei não estabelece de forma contrária (as pessoas sujeitas ao serviço militar obrigatório – art. 1º, § 1º, alínea 2 e arts. 7º e 17, § 2º, entre outros da Lei dos Soldados⁹⁸); no caso de profissões liberais reguladas em seus aspectos básicos, a questão não se apresenta com a mesma intensidade que no caso dos servidores públicos (exemplos: advogados – arts. 113 e ss. do Estatuto dos Advogados Alemães; ademais, existem medidas jurídico-disciplinares que preveem “tribunais de honra” para auditores, médicos, farmacêuticos, entre outros).

O sistema de reações possíveis depende da relação – distinta conforme o setor da organização – entre os membros da organização e esta última. No caso de recrutamento forçado, a demissão é incompatível com a função da organização (por sua vez, uma exceção: art. 54, § 1º, n. 4 do Código Disciplinar Militar). Fora isso, ela tem efeito preventivo-especial mais seguro, de forma que o alicerce cognitivo necessário a toda pena pode ser mais facilmente construído no Direito Disciplinar. A pena privativa de liberdade apenas é considerada naquelas organizações em que são comuns as restrições de direitos fundamentais (art. 22 do Código Disciplinar Militar; art. 103, § 1º, n. 9 da Lei de Execução Penal), de modo que a imagem da organização não é afetada pela violência contra a pessoa (antigamente também, por exemplo, o cárcere

estudantil, o arresto escolar). A exposição a seguir concerne principalmente ao Direito Disciplinar dos funcionários públicos⁹⁹.

2.2.2 Delimitação e tratamento dos pontos de interseção

É função das medidas disciplinares assegurar o *funcionamento das organizações respectivas enquanto subsistemas do Estado* contra perturbações por parte de membros da organização. As medidas disciplinares não constituem nem infligção de um mal que deve induzir à observação do dever (exortação ao dever), nem afastamento da função (medida de depuração). Em virtude dessa orientação das medidas disciplinares para as condições de estabilidade da organização, ou seja, devido a sua relação aberta com a finalidade, costuma-se supor que tais medidas sejam um *aliud* em relação às penas¹⁰⁰, do que se deve concluir, que, contrariamente a estas últimas, elas jamais deveriam ser impostas para retribuição ou expiação e que sua imposição juntamente com uma pena criminal não infringiria o art. 103, § 3º, da Lei Fundamental (*ne bis in idem*).

Essa argumentação baseia-se numa concepção incorreta da pena. A despeito de todas as controvérsias, é certo que a pena serve à preservação da ordem. Não há obstáculo a que se considere o Direito Penal (ao menos na medida em que ele regule infrações de dever) como o Direito Disciplinar *geral* da sociedade, administrado pelo Estado (onde a depuração ocorre apenas através da custódia de segurança, desde que o exílio foi proibido). Além disso, a argumentação funda-se num conceito de medida disciplinar não suficientemente desenvolvido. O fato de esta última servir a

uma única finalidade não significa que ela seria um meio homogêneo – como no Direito Penal, onde penas e medidas de reabilitação e segurança servem ao único objetivo da preservação da ordem; elas são distintas quanto ao conteúdo e à forma de atuação.

O fato de as medidas disciplinares precisarem conter também *penas além de reações similares às medidas de reabilitação e segurança* resulta de sua função de garantir o funcionamento da organização. O caráter organizacional do aparelho administrativo não pode existir sem a garantia normativa, e essa garantia não se restringe a uma desaprovação formal da violação normativa (repreensão – art. 6º do Regulamento Disciplinar Federal), estendendo-se à inflição de males (multas, diminuição de salário, etc., art. 7º e ss. do Regulamento Disciplinar Federal). Esses males cominados são infligidos não somente em razão de seu efeito preventivo-especial, mas também para confirmação da norma. Exemplo: um funcionário que, no último mês anterior a sua aposentadoria, imotivadamente, deixa de comparecer ao serviço, não será poupado da medida disciplinar por falta de necessidade de prevenção especial, pois tal tolerância afetaria a eficácia normativa. O fato de a inflição de um mal ter por objetivo não uma função retributiva, mas sim preventivo-geral, não fornece uma diferença qualitativa em relação à pena. Existe uma função punitiva até mesmo na depuração: ela não é empregada – sobretudo nos crimes contra a propriedade, de tesoureiros ou similares – somente quando o perigo de fatos ulteriores do mesmo funcionário perturba a organização, mas sim quando o dano causado à eficácia

normativa exija sua aplicação¹⁰¹. O caráter de pena tampouco se perde pela circunstância de a reação disciplinar ter por objetivo proteger a confiança da coletividade na integridade do funcionário público, pois essa confiança apenas existe a longo prazo, como reflexo da eficácia da norma dentro do funcionalismo público.

Mesmo que as medidas disciplinares possam ter função de pena (não de pena criminal), além da função de medida de reabilitação e segurança¹⁰², seu sistema não constitui um sistema “reduzido” das penas e medidas de reabilitação e segurança do Código Penal. Ao contrário, ele tem outros centros de gravidade, pelo seguinte motivo: o afastamento da função existe no Direito Disciplinar como instrumento de eficácia preventivo-especial absolutamente seguro. Os equivalentes penais, a pena privativa de liberdade perpétua e a custódia de segurança atingem de forma muito profunda os interesses e, em especial, os direitos do réu, sendo mais rígidos, por conseguinte, os seus pressupostos. Exemplo: se o afastamento da função apenas coubesse quando presentes as condições correspondentes aos pressupostos da custódia de segurança atinentes à forma e ao prognóstico (art. 66 do CP), ele seria praticamente irrelevante. *O Direito Disciplinar é, pois, baseado em reflexões de cunho preventivo-especial.* E é por isso que nele vigora o princípio – orientado para o agente – da unidade da infração funcional, *i. e.*, as várias faltas individuais são sempre reunidas, na pessoa do agente, numa única infração funcional, a qual deve ser julgada como um todo¹⁰³. Segundo esse mesmo ponto de vista da orientação para o agente, não há distinção entre tentativa e consumação¹⁰⁴.

Não obstante o caráter preventivo-especial preponderante do Direito Disciplinar, as reações jurídico-criminais distinguem-se das jurídico-

-disciplinares: estas últimas têm por única função a de manter uma determinada organização capaz de funcionar, enquanto o Direito Penal deve possibilitar a vida social como um todo. No entanto, como as medidas disciplinares, dentro de suas limitadas funções, podem ter características tanto de penas quanto de medidas de reabilitação e segurança, é preciso que vigorem os seguintes princípios para que se evite uma *dupla punição*¹⁰⁵:

a) É possível combinar a pena criminal com uma medida disciplinar como medida de reabilitação e segurança especial de Direito Funcional (impossível segundo o Direito Penal geral) sem função de pena, o que, em parte, já acontece, por força da própria lei (art. 48 da Lei dos Servidores Públicos Federais; art. 48 da Lei dos Soldados; art. 30 da Lei sobre o Serviço Militar Obrigatório).

b) Desde que a infração disciplinar não deva ser julgada como crime, a medida disciplinar pode ter também a função de pena, se isso for necessário à preservação da ordem da organização.

c) A única questão problemática refere-se à possibilidade de impor--se, ao mesmo tempo, uma pena criminal e uma medida disciplinar de teor penal em virtude do mesmo fato. Para solucioná-la há que se estabelecer se foi considerada, na atribuição da pena, a relevância especial para a organização em questão da violação normativa praticada pelo agente ou se a atribuição da pena não

pôde englobar os danos à organização. No primeiro caso, uma medida disciplinar levaria à dupla punição; no segundo, resta um excedente disciplinar. Assim sendo, o art. 103, § 3º, da Lei Fundamental também é válido para a aplicação concomitante de pena criminal e medida disciplinar de caráter penal, sempre que o complexo puder ser solucionado pelo Direito Penal como um todo. Exemplo: se um funcionário público conduzir um veículo de serviço em estado de embriaguez (art. 316 do CP), a sentença penal compensará a periclitación do trânsito em geral, mas sem levar em consideração uma eventual importância especial da proibição de periclitación do trânsito para a organização, que, talvez, dependa necessariamente do tráfico de veículos (distribuição da correspondência postal) etc. Exemplos da possibilidade de se considerar os danos à organização já na atribuição da pena são, sobretudo, além de todos os crimes funcionais, os crimes contra a propriedade e os crimes contra o patrimônio cometidos no exercício da função; sendo, nesse caso, inadmissíveis as medidas disciplinares concebidas como penas.

Crimes – como quaisquer outros comportamentos – praticados *fora do exercício da função* podem trazer consequências de caráter jurídico-disciplinar (art. 77, § 1º, alínea 1 da Lei dos Servidores Públicos Federais), contanto que o funcionário, através de seu fato, tenha destruído a *potestas e auctoritas* necessárias à sua utilidade na organização¹⁰⁶. A medida também pode ser entendida como pena, por exemplo, quando uma repreensão não é o suficiente e um afastamento da função se mostra desnecessário, pois, na atribuição da pena, o tribunal não leva em conta o efeito

para a função de crimes cometidos fora dela. Naturalmente, é difícil responder à questão de quando um crime cometido fora da função (ou mesmo apenas uma contravenção) constitui, ao mesmo tempo, uma infração disciplinar. Consoante o antigo entendimento, o dever do funcionário de observar a norma – que resultaria da relação especial de confiança – deve ser mais elevado que o de qualquer outra pessoa¹⁰⁷. Essas são sequelas do tratamento que antigamente se dava ao funcionário público como *status* especial. Entendendo-se o dever de lealdade em relação com a função, resulta uma limitação no sentido de que o crime permite concluir que a organização foi prejudicada¹⁰⁸. Por outro lado, não se pode presumir, a partir daí, através de suposições difusas, que a coletividade espera dos funcionários públicos uma vida privada irreprochável em todos os sentidos, ou mesmo que, em determinados grupos de profissionais (condutores de veículos automotores, de locomotivas), determinados crimes cometidos fora do exercício da função (embriaguez no trânsito) não devam ser solucionados apenas penalmente¹⁰⁹. Os pormenores constituem objeto do Direito Disciplinar material.

A infração de dever disciplinar é tratada como um crime de infração de dever, desaparecendo, assim, sobretudo, a distinção entre autoria e participação¹¹⁰.

2.3 Instrumentos de manutenção da ordem pública e de coerção segundo a regulação processual

Os *instrumentos de manutenção da ordem pública* são reações a uma infração e destinam-se a demonstrar a relevância da

norma transgredida à custa do agente (mediante multa – *Ordnungsgeld* – ou prisão – *Ordnungshaft*); trata-se, portanto, do ponto de vista material, de punições que não devem ser chamadas de pena – naturalmente, para não permitir que sejam aplicadas as cautelas às quais está submetido o Direito Penal Criminal e, em especial, para evitar a exigência de um processo penal para realização do instrumento de manutenção da ordem (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Penal). A finalidade do instrumento de manutenção da ordem é a garantia da eficácia normativa. Em contrapartida, o *instrumento coercitivo* tem por finalidade obrigar a um determinado comportamento externo. Materialmente, portanto, os instrumentos coercitivos constituem – na terminologia penal – medidas “corretivas”. Para que atinjam sua finalidade, os instrumentos de manutenção da ordem devem ser sempre executados por completo, enquanto os instrumentos coercitivos já alcançam sua finalidade quando é realizado o comportamento ao qual se obriga; sendo esse o caso, a coerção é concluída antes mesmo que o instrumento coercitivo imposto tenha sido “esgotado”. Exemplo¹¹¹: se uma testemunha recusar infundadamente seu depoimento, ser-lhe-á aplicada uma multa (*Ordnungsgeld* – para o processo penal, *vide* art. 70, § 1º, alínea 2 do CPP); se existirem razões para pensar que a testemunha persistirá em sua recusa, o Tribunal ordenará a prisão coercitiva (para o processo penal, *vide* art. 7º, § 2º do CPP), que apenas terminará (o mais tarde) quando a testemunha se dispuser a prestar depoimento ou quando não mais interessar a sua declaração, sendo que a multa não é afetada por esta última circunstância.

Os *instrumentos de manutenção da ordem* das regulações processuais são os equivalentes das reações da Administração aos “crimes administrativos”. Eles pressupõem a existência de culpa¹¹². Se surgem em virtude de um comportamento que, ao mesmo tempo, configura um crime, dever-se-á, no processo penal, computar a sanção através de um instrumento de manutenção da ordem¹¹³. Exemplos de instrumentos de manutenção da ordem: instrumentos de manutenção da ordem baseados no poder de polícia e aplicados durante a audiência, nos termos do art. 178 da Lei Constitucional Judiciária Alemã; instrumentos de manutenção da ordem impostos em razão de infração dos deveres de omissão e de tolerância, nos termos do art. 890 do CPC (que costumam ser chamados injustamente de medidas coercitivas); instrumentos de manutenção da ordem contra testemunhas e peritos – arts. 51, 70, § 1º, 77, 95, § 2º do CPP, arts. 380, 390, § 1º, 409 do CPC.

O pressuposto básico para aplicação dos instrumentos coercitivos é a obtenção pela força de condutas cujo sujeito não pode ser substituído, nos termos do art. 888 do Código Civil alemão. Se a omissão que ocasiona a coerção precisa ser totalmente imputável, depende de a pretensão referir-se ou não a uma prestação imputável. A evitabilidade (dolo ou culpa) da omissão causadora é o pressuposto mínimo. Outros exemplos: obtenção, pela força, de: fornecimento de provas – art. 70, § 2º, do CPP, art. 390 do CPC; entrega de objetos a serem sequestrados ou confiscados – art. 95, § 2º, do CPP; declaração sob juramento em processos cíveis de execução – art. 901 do CPC; pagamento de

multas aplicadas em razão de uma contravenção – art. 96 da Lei das Contravenções.

Adequação social e Direito Penal

- 1 Introdução
- 2 A evolução do conceito de adequação social
- 3 Adequação social e imputação objetiva
- 4 A questão do risco permitido
- 5 Da atual coexistência conceitual

Renato de Mello Jorge Silveira

Professor Titular e Chefe do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP. Presidente do Instituto Manoel Pedro Pimentel – USP.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente não mais se vive um momento de guerra de Escolas Penais. Radicalismos são cada vez mais repudiados, sendo a meta desejada a da resolução de problemas e não a de simples e, por vezes cega, defesa de posições unitárias. Nesse quadro, cada vez mais comum é a interação de respostas. Algumas, no entanto, podem parecer radicais ou excludentes entre si. Nem sempre o são.

Um dos grandes paradigmas postos por Hans Welzel, figura maior do finalismo, é, justamente, o da adequação social. Entendendo que o Direito Penal não deveria se portar de forma a simplesmente tutelar, de forma absoluta, bens jurídicos, como se estes fossem simples peças de museu, invioláveis em suas vitrinas,

o professor de Bonn criou uma relativização interessante da estrutura fechada do Direito Penal.

As críticas a isso não foram poucas. Formalistas de muitas versões asseveraram pela temeridade da quebra da segurança jurídica, de uma flexibilidade perigosa, ou mesmo de um mero rompimento do sistema de ação e resultado na ideia de uma determinada não punição por aceitação social. Em tempos mais recentes, com a inovação das teses de imputação objetiva, tal situação se agudizou, dividindo ainda mais setores e propostas. Por todos os lados, críticas à adequação social acabaram por deixá-la ao lado de tantos outros desenvolvimentos penais.

No Brasil, onde significativamente não são percebidas atenções muito cuidadosas quanto à dogmática, não raro confusões se mostram frequentes. A dogmática moderna, que em determinado momento parece tê-la relegado a segundo plano, novamente passa a dela se ocupar. Tal questão, aliás, que surge vez por outra em cenário judicial nacional, sem uniformidade de pensamento, já foi, mesmo, discutida em sede do Pretório Excelso. Em um momento, no entanto, onde se questiona o próprio mandamento incriminador, bem como uma necessária interpretação restritiva das leis penais, tudo em um ambiente bivalente de eficácia e garantia, talvez esse tema devesse ser retomado e revisitado. A seguir, e entendendo que os conceitos muita vez não se firmam claros, procurar-se-á fornecer breves ideias sobre a adequação social nas fronteiras mais próximas entre o finalismo e o funcionalismo.

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ADEQUAÇÃO SOCIAL

A adequação social é conhecida, de há muito, em diversas ramas do Direito (como o Civil, Trabalhista, Comercial). Sua aplicação em Direito Penal, entretanto, nasce pelas mãos de Hans Welzel, com o claro objetivo de indagar a efetiva dimensão do tipo penal¹.

Recordando que Beling tinha, no tipo, unicamente uma função descritiva, postando-se de forma neutra, passa a criticá-la com a adequação social. Ao modificar parcialmente sua opinião e o enfoque dado à adequação nos anos que correram, Welzel acabou por pretender ir além de simples valoração final da ação recriminada, visualizando, antes de mais nada, questão prévia de valoração social. As muitas variações, e os diversos momentos de transição conceitual, talvez acabem por explicar, mesmo que em parte, certa recusa à sua aplicação do instituto em si. Fundamental, contudo, ainda que de forma epidérmica, a evolução de sua construção, para, ao depois, ter-se de sua atualidade.

Em 1939, em seus *Estudos sobre o sistema de Direito Penal*², Welzel constrói a tese de que se encontrariam fora do conceito de injusto todas as ações que se movessem dentro da ordem historicamente constituída, como que em uma leitura culturalista do fenômeno crime. Estas seriam, sim, ações socialmente adequadas, denotando um significado social de não proibição³. Pontuadamente, Welzel tece crítica ao que entende por erro na concepção existencial do bem jurídico protegido. A proteção

então ofertada não aclarava lastro em uma real vida social, mas sim em um mundo não funcional e inanimado⁴, daí suas críticas. De início, formulando relação de equivalência com diversos autores, acaba por elaborar a conhecida comparação explicativa do comportamento do objeto de tutela. Como se viu, ele entendia que, segundo a teoria de proteção dos bens jurídicos, estes seriam como peças de museu guardadas em vitrinas, distanciadas de influências prejudiciais, só sendo exibidas aos observadores⁵, o que não seria admissível.

Alguns exemplos são dados por Welzel para reforço de sua tese. O viajar de trem ou ônibus, *v.g.*, seria tido como uma ação socialmente adequada. Todavia, é de se ver que entre as paradas obrigatórias destes existe uma limitação da liberdade dos passageiros. Alguém que venha a tomar um coletivo em linha errada, queira descer imediatamente e seja impedido pelo motorista não é vítima de um cárcere privado. Além disso, muitas das ameaças da vida cotidiana estariam excluídas do âmbito do injusto⁶.

Já o que se pode chamar de segunda hora do pensamento welzeliano, conhecida a partir da 2ª edição de seu *Novo Sistema de Direito Penal*, deu-se posteriormente, de 1954 a 1963, da 4ª à 8ª edição de seu *Manual*, tem nítido retorno à concepção de tipo indicada em Beling. Ele passa a considerar como típicas, entretanto justificadas, as condutas socialmente adequadas⁷. Seriam causas de justificação consuetudinárias⁸.

Uma das razões aludidas para semelhante mudança de rumos é vista por sua especulação sobre os tipos abertos e os elementos do dever jurídico. Ao partir da concepção da teoria dos elementos negativos do tipo, a qual propunha um agrupamento tipicidade-antijuridicidade, ter-se-ia que as causas de justificação nada mais seriam do que elementos negativos do tipo injusto. O tipo, aqui tratado de forma meramente descritiva, permitia tal interpretação⁹.

Welzel, dando seguimento e avanço à sua teoria, buscou, desse modo, uma real forma de interpretação do sentido dos tipos penais. Para ele, naquele momento, tipo nada mais seria do que o injusto descrito de acordo com características típicas. Este injusto abarcaria as ações que estariam à margem das ordens morais da vida social ativa. Dessa forma, teria, unicamente, o caráter do injusto sempre e somente através de uma específica referência a semelhantes ordens. Em assim sendo, ações que se movessem dentro do marco das ordens sociais nunca poderiam ser vistas no espectro dos tipos de delito, nem mesmo quando se subsumissem à letra da lei, exatamente por serem ações socialmente adequadas. Pontuadamente, Welzel afirma, nesse momento, que são ações socialmente adequadas todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas estas através da história¹⁰.

Isto se deu por dificuldades por ele sentidas na interpretação da ideia de constrangimento, prevista na legislação penal alemã de então pelo § 240 do Código Penal alemão (*StGB*)¹¹. Como o inc. 2º

desse dispositivo mencionava um pressuposto de aplicação jurídico-positivo do pensamento da adequação social, vale dizer, uma situação de antijuridicidade quando fosse percebido uso de força ou ameaça reprovável na coação, Welzel entendeu válida a ideia da antijuridicidade para a explicação proposta¹², o que faria sentido dentro de uma concepção da teoria dos elementos negativos do tipo¹³.

Ele acabou por concluir que, de maneira geral, todos os tipos e conceitos empregados ao tipo (como matar, lesionar ou danificar) não deveriam, ou poderiam, ser vistos em sentido causal-exterior. Somente as ações além da adequação social se revelariam como ações típicas¹⁴. Isso se evidencia na medida em que a adequação social não permite, segundo o pontuar welzeliano desta fase, o surgimento de antijuridicidade, pois uma conduta socialmente normal é, também, socialmente adequada. Haveria de ser constatada uma dupla exceção à colocação de que uma conduta adequada ao tipo seria, em princípio, antijurídica. Inicialmente, verificar-se-ia se a conduta socialmente adequada – vale dizer, dentro de uma normalidade social – impediria que a adequação típica indicasse a antijuridicidade. Por segundo, é de se ter que os fundamentos de justificação eliminariam a antijuridicidade em virtude de situações excepcionais, como as atividades moventes dentro das ordens normais da vida da comunidade¹⁵.

Nesse momento, Welzel passou a defender uma estrutura tripartida do delito, segundo a qual a tipicidade passa a ser a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, entendendo que o ordenamento

jurídico se mostra como detentor de normas (mandados e proibições) e princípios permissivos, os quais não necessitam estar expressamente fixados¹⁶.

Considerações posteriores, em especial de Schaffstein¹⁷, Klug¹⁸, e mesmo Hirsch¹⁹, acabaram fazendo Welzel aperfeiçoar sua ideia, concluindo que a própria noção da teoria dos elementos negativos do tipo não seria ideal e que a sede correta do emprego da adequação social seria o próprio tipo penal. Dessa forma, acabou por reformar seu conceito a partir da 9ª edição de seu *Manual*, de 1965²⁰.

De fato, ao ter em conta em especial a problemática apresentada por Hirsch, Welzel voltou a ter a adequação social como excludente da tipicidade penal, só que, desta feita, com novos matizes²¹. Já não se faziam presentes as questões relativas ao valor ético-social da ação, mas ia-se mais além.

Entendendo-se a ideia de amostra da conduta proibida externada pela função do tipo penal, tornou-se mais evidente o caráter social da conduta. Isso repercutiria na compreensão e interpretação dos tipos, o que, por influência da doutrina causal, era tido por demais restrito na procura da essência do tipo nas lesões causais a bens jurídicos²². Welzel, considerando o matiz interpretativo a reger a aplicação do conceito de adequação social, entendeu pela mudança de sua orientação, a ponto de tê-la, a partir de então, como critério necessariamente hermenêutico. Exemplos mencionados a partir desse momento, portanto, dizem

respeito, *v.g.*, aos então modernos tráfegos motorizado, ferroviário ou aéreo – situações socialmente adequadas²³. A isso ainda se somam exemplos outros, como a entrega de pequenos presentes a funcionários públicos no final de ano, condutas meramente indecorosas ou impertinentes, o servir bebidas alcoólicas em estradas de rodagem etc.²⁴.

Em termos resolutivos, Welzel ponderou que a adequação social acaba se mostrando como uma real pauta para os tipos penais. Ela representaria o âmbito normal da liberdade de atuação social. Note-se, no entanto, que a adequação social não se mostrou completamente aperfeiçoada, senão que vagou e foi modificada por diversas vezes por seu edificador. Isso, aliado à pretensa insegurança jurídica dela decorrente, foi o motivo da maior parte das críticas tidas a seu respeito²⁵.

3 ADEQUAÇÃO SOCIAL E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Muito embora diversos autores afirmem pela superação da adequação social, resta interessante a verificação de múltiplas variações dadas recentemente a ela²⁶. Na atualidade, parecem próximos os conceitos de adequação social e de imputação objetiva, principalmente tendo-se em vista que ambas acabam por limitar o alcance do tipo penal. A dúvida, no entanto, é se uma substituiu a outra, se são excludentes ou se poderiam conviver.

Em fins dos anos de 1950, Roxin – idealizador maior da imputação objetiva em Direito Penal – chegou a dar, inicialmente, consideráveis ponderações à noção da adequação social em seu trabalho doutoral sobre a teoria dos tipos penais (onde empreendeu um diálogo tenso com Welzel e Kaufmann). Ainda sob a égide da segunda tese welzeliana, considerava que, na vida diária, seria encontrada uma série de privações de liberdade adequadas ao tipo penal, na qual um observador nem sequer pensaria em indagar sobre uma eventual justificação, pois esses fatos dar-se-iam dentro dos limites da ordem histórico--ético-social da vida em comunidade. A partir desta afirmação, acabara por ponderar que, em verdade, todos os tipos seriam abertos na medida em que o juiz estaria obrigado a comprovar se a ação encontra-se ou não fora da ordem historicamente desenvolvida da vida social, indagando-se quanto à presença de causas de justificação socialmente adequadas.

Anos mais tarde, em 1970, quando de seu trabalho sobre *Política Criminal e Sistema de Direito Penal*, ponderou sobre a necessidade de vinculação político-criminal na avaliação do delito. Parecia-lhe fundamental, então, uma noção de interpretação restritiva que pudesse realizar a função da Magna Carta e a natureza fragmentária do Direito Penal, mantendo íntegro, unicamente, um campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico. Nesse sentido, seriam extremamente úteis princípios regulativos como a adequação social²⁷.

Ainda em 1970, em um artigo em homenagem a Honig, passou a uma nova construção visando a fundamentação do

sistema do Direito Penal²⁸. Ao lançar as bases da teoria da imputação objetiva, Roxin procurou concentrar esforços na avaliação do tipo objetivo, ponderando, naquele contexto, além de simples conduta e resultado, também as variantes sobre o risco. Assim, superando os paradigmas da noção das estruturas lógico-objetivas finalistas, acaba por assumir que o conceito de ação se mostraria supérfluo, sendo, de fato, absorvido pela ideia do tipo, visto este como conceito fundamental do sistema de Direito Penal²⁹. Ao depois, já consagrada sua tese sobre a imputação objetiva, teceu as observações sobre a adequação social no Direito Penal em artigo publicado inicialmente em um livro de homenagem a Ulrich Klug³⁰. Posteriormente, tais colocações foram repetidas entre outros locais, em seu próprio *Manual*.

Após fazer uma ampla divagação sobre o seu histórico, pontuou que a adequação social seria um princípio correto em sua tendência de criação de um perfil da figura delitiva e, por isso, uma causa de restrição do tipo que nada diz respeito à antijuridicidade ou à culpabilidade. Entretanto, segundo Roxin, hoje existiriam instrumentos hermenêuticos mais precisos do que ela, podendo mesmo ser substituída por considerações como as da imputação objetiva³¹.

Em que pese o fato genérico de Roxin guardar certa dose de razão, a questão não parece excludente. Assim, é de se ter que, apesar dos laços de proximidade, a adequação social e a imputação objetiva são contextualmente diversas³². Assim, observe-se: a aceitação da imputação objetiva não implica, como fazem crer

Roxin e tantos outros autores, em desmerecimento da adequação social. A perspectiva welzeliana visa, como se sabe, dar delimitação a tipos entendidos de forma excessivamente ampla em consequência do dogma causal³³. Portanto, devem ser pontuadas as novéis críticas funcionais para se buscar, ou não, uma superação da adequação social³⁴. E isso por duas razões.

Ao se considerar que a imputação objetiva baliza-se no reforço a uma verificação de crime, em um primeiro nível de imputação, com necessária observação quanto ao risco permitido, inegável se verifica sua proximidade com o conceito de adequação social. Quando Roxin intenta a construção relativa aos critérios baseados na construção de Honig, ele acaba por fomentar, novamente, toda a discussão acerca do princípio do risco, pontuando sobre a sua diminuição, criação ou não criação, sobre o aumento ou falta de aumento e também sobre a esfera de proteção da norma como reais critérios de imputação³⁵. Isso não dista em demasia do que, em um sistema fechado, já procurara fazer Welzel com sua adequação social. A proximidade do critério risco-adequação social é, pois, presente, tornando-se necessária sua distinção, quer em sistema aberto, quer em sistema fechado.

Em outras palavras, se, de um lado, parece não restar dúvidas de que a adequação social tem origem próxima à de uma ideia final, de outro, poder--se-ia discutir se ela mostra-se compatível ou não com a ideia da imputação objetiva.

Observe-se, pois, a questão de ligação entre os institutos, qual se mostra o risco permitido. Ora, tal conceito e o da

adequação são frequentemente equiparados, como tratando, em verdade, de realidades coincidentes, resta aclarar suas distinções. Para Welzel, os casos de risco permitido nada mais seriam do que subtipos de adequação social caracterizados por um maior grau de perigo. Textualmente, afirma ele que um caso especial de adequação social seria o próprio risco permitido, o qual se diferenciaria das demais ações socialmente adequadas somente pelo grau de exposição a perigo do bem jurídico³⁶.

Como se sabe, a teoria da imputação objetiva roxiniana tem como requisito essencial a criação de um risco juridicamente proibido ou tipicamente relevante³⁷, o qual é bem anterior à noção de imputação, encontrando nascedouro justificante por parte da doutrina que procura construir um critério válido de delimitação à possível imputação de qualquer resultado previsível no âmbito da imprudência. Na realidade, foi cunhado pela jurisprudência alemã da segunda metade do século XIX em relação às mortes e lesões imprudentes percebidas na indústria. A princípio tido com ressalvas em sede dolosa, desenvolveu-se em especial para os delitos imprudentes; mas, mesmo neles, cabe a ponderação distintiva quanto à aplicabilidade de um em detrimento do outro³⁸.

De qualquer forma, é de se ver que o risco permitido, além de muito próximo da ideia de adequação social, pode servir de base para esta, pois uma conduta pode refletir um risco socialmente adequado³⁹. Klug faz tal menção. É verdade que ele levou tal consideração a extremos, diferenciando o risco permitido do risco necessário, fundando a adequação em questões permitidas⁴⁰. Onde

tal situação se verifica, no entanto, nem mesmo se estaria dentro de uma órbita penal, mas se excluiria a problemática antes da interpretação típica. Nesse particular, a importância do risco permitido, qual se mostra na imputação objetiva, deveria ser limitada a um momento de avaliação do tipo objetivo, enquanto a adequação social mostrar-se-ia anterior à verificação típica. Frisch, assim, esclarece sobre as várias críticas sentidas pela teoria da imputação objetiva, mencionando sobre a consideração da diminuição do risco e a sua adequação⁴¹. Como na teoria da adequação social, não raramente se diz que o objeto da crítica da imputação objetiva reside no fato de se adiantar a análise da antijuridicidade. Isso, para alguns, é mostra de evidência de insegurança jurídica⁴². Poderia ser tido por correta a obrigatoriedade de recurso ao subjetivo para garantir uma segurança jurídica? Haveria de ser fundamental tal lastro para não se incorrer em um juízo objetivo de perigo? Indubitavelmente sim.

A dúvida posta versa especificamente em tal ponto de convergência entre o risco permitido e a adequação social. Enquanto uma se mostra vinculada à noção de uma necessidade social, a outra emerge, espontaneamente, do núcleo comum. Apesar da evidência inegável de que certas vantagens e utilidades sociais são umbilicalmente ligadas a custos, posta-se a seguinte dúvida: ou se tolera o risco advindo da necessidade, ou se proíbem, terminantemente, tais atividades⁴³.

4 A QUESTÃO DO RISCO PERMITIDO

Com tais considerações, seria de indagar, destacadamente, sobre a validade ou utilidade atual do instituto da adequação social. Sob um prisma unicamente finalista, em que pesem as críticas quanto a uma suposta falta de segurança jurídica à ela inerente, sua aceitação não apresenta maiores problemas⁴⁴. Entretanto, dando-se um passo além, em sede pós-finalista, isso não se mostra de tão fácil resposta.

Como se viu, Roxin traça a tese de que a adequação social seria um princípio tendencialmente correto, mas que se mostraria, hoje, superado (podendo ser substituído por outros instrumentos hermenêuticos mais precisos, como a imputação objetiva). Ocorre que críticas também se dão quanto à imputação objetiva. Diversos autores apontam para a própria falta de concreção do chamado risco permitido.

Ora, se a premissa inicial da ideia da imputação objetiva também não se completa, não deveria ela ser utilizada para a crítica do instituto da adequação social, mesmo porque tem seu fundamento não criminalizante na noção ético-social, a qual, em última sede, poderia ser tida como a não expectativa de realização normativa da comunidade.

Maurach e Zipf pugnam pelo oposto dado por Roxin, ou seja, pela substituição do conceito de risco permitido por figuras autônomas, como a adequação social e o dever de cuidado⁴⁵. A real dúvida, na verdade, acaba sendo outra. Se a adequação social é um instrumento de justiça, flexibilizador de uma concepção fechada de sistema, própria que era do finalismo, como se pode,

eventualmente, utilizá-la a partir de um sistema notadamente aberto sem se cair em uma redundância terminológica?

Tudo indica que é possível a compatibilidade dos ditames da adequação social e da imputação objetiva, no sentido de exprimirem, cada qual a seu modo, conceitos distintos. A adequação seria, nesse sentido, uma figura anterior à tipicidade, nem sequer permitindo sua análise, enquanto o risco permitido seria simples excludente desta⁴⁶. Em outras palavras, ao se analisar o nível prévio à teoria do delito (tipicidade-antijuridicidade-culpabilidade), observa-se a ocorrência ou não de um risco socialmente adequado e, por isso, a presença de uma causa constitucional de exclusão típica⁴⁷. O tipo, concretamente, só se dará ao, eventualmente, se avaliar o risco como permitido ou não. Aqui, um passo a mais na construção welzeliana: a adequação social, como chave hermenêutica, posta-se anteriormente ao tipo. Nessa óptica, nítido se denota o fato de a imputação objetiva ter lugar e expressão de verdade. A ponderação feita diz respeito ao fato de que, ainda que coincidente em muitos aspectos com a adequação social, ela não a supera, senão a completa⁴⁸, não a substitui, senão vem a incrementar a tese de controle da força estatal em face das situações cotidianas.

Ao se falar aqui de concepção pré-típica, está-se a mencionar uma visualização da conduta que, em vista da avaliação funcionalista, focando o bem jurídico, permite concluir pelo não firmamento do primeiro contorno de imputação, entendido este como *ratio essendi* da antijuridicidade. Além disso, poder-se-ia falar

que a adequação social, ao avaliar o caráter de uma conduta vinculada a um tipo penal, em se considerando sua tolerabilidade no meio comum, acaba por se antepor à demarcação típica. Dentro dos limites deste meio comum, unicamente caberia, segundo uma consideração funcionalista, uma leitura quanto ao risco permitido/proibido, em lente de exclusão de tipicidade. Entretanto, isso se dá dentro de uma realidade típica. Já na adequação social, a consideração a se ter em conta, em esfera de legitimação do tipo, acaba por não autorizar a ultrapassagem da fronteira de tipicidade pelos próprios vínculos histórico-culturais daquela ação. Daí se mencionar o caráter de pré-tipicidade. Enfim, vale atentar para o fato de que não se trata de uma exclusão de tipicidade (verificada na imputação objetiva), mas sim de um não aperfeiçoamento desta⁴⁹.

A segunda basilar contrariedade dada à negativa coexistencial da adequação social e da imputação objetiva diz respeito a uma perspectiva político-criminal. Roxin, quando pretendeu negar o conceito, muito mais o fez tendo em vista seu alicerce finalista do que outra coisa qualquer e, vale observar, negou a exceção à realidade ontológica de Welzel. É verdade que o fez com inegável classe, sustentando em clássica frase que, apesar de a exceção ao sistema welzeliano ser correta – afinal não se haveria de negar justamente a válvula de escape do pontuado pelo finalismo –, pode ela ser substituída por instrumentos hermenêuticos mais precisos⁵⁰. O instrumento hermenêutico deve ser diferenciado em sua forma. Sem dúvida, enquanto busca uma

política criminal norteada no justo, a diferenciação não se faz bizantina, mas de caráter revelador do propósito do Direito Penal.

5 DA ATUAL COEXISTÊNCIA CONCEITUAL

Tomadas por corretas as assertivas acima, razão parece ganhar Wolter. Para o autor, em regra geral, as proibições jurídico-penais só contêm vedações de condutas objetivamente perigosas. Isso acaba por implicar no fato de que o Direito Penal não só atua preventivamente – por meio de normas permissivas e proibitivas –, como também repressivamente, mediante desaprovação de condutas, condenações e da criação de instâncias de satisfação para a vítima⁵¹. Nesse contexto, seria mesmo de se legitimar a questão do perigo em termos de uma imputação objetiva também do risco, ampliando-se a possibilidade de atuação penal⁵².

A adequação social, portanto, dentro de uma concepção pós-finalista, pode ser utilizada antes do perfazimento da estrutura típica, ou seja, previamente ao tipo de injusto, com o escopo de sua ideal utilização. Ela conduz a uma não imputação estritamente objetiva, em princípio jurídico-penalmente relevante, como afirma Wolter⁵³. Os fatos por ela alcançados constituem sim um nada jurídico, nem mesmo atinente à tipicidade, pois não se trata de algo socialmente perigoso ou prejudicial, mas, de fato, de algo adequado ao bem-viver. Outra é a situação na qual se encontra a perspectiva da imputação objetiva. Nela, doutrinas pessoais e objetivas completam-se e se limitam, novamente, no campo do

injusto objetivo propriamente dito⁵⁴. Isto se dá posteriormente à criação típica e pessoalmente imputável.

Ao se falar de formas ideais de limitação da punição a casos de duvidosa necessidade por sua tolerância no seio comum, não se pode apenas afirmar superada a ideia da adequação pelo risco permitido⁵⁵ na imputação objetiva⁵⁶. Casos podem se mostrar em que um critério seja mais adequado que o outro, não justificando, mas excluindo a tipicidade de forma categórica. A adequação social não se tornou uma figura jurídica supérflua, mas, na busca da Justiça, permanece sendo imprescindível. Ainda mais do que simples critério auxiliar ou simples princípio geral de interpretação⁵⁷, é fator de busca de Justiça, ainda mais em uma realidade continental como a brasileira, onde a multiplicidade de particularidades regionais pode bem justificar atipicidades várias com fulcro no seio social. Seguramente, poder-se-ia dizer que, juntamente com a imputação objetiva, a adequação social é elemento indispensável para a distinção entre riscos permitidos e proibidos⁵⁸.

O próprio Roxin reconhece que, desde um ponto de vista crítico, a adequação social supõe uma importante perspectiva para a teoria do tipo, qual seja, a ideia de que uma conduta aprovada socialmente, de modo geral, não pode refletir uma imputação, muito menos uma figura típica⁵⁹. Muito embora sua proposta afirme que a resposta ideal para a averiguação da adequação social se dê por meio de uma interpretação restritiva orientada pelo bem jurídico protegido, com isso não se pode concordar. Para Roxin, a

redução teleológica seria preferível à invocação indistinta da adequação social, pois, com isso, se evita o perigo da tomada de decisões seguindo o mero sentimento jurídico ou, ainda, declarando atípicos abusos vários. Portanto, considera que só a interpretação que atente ao bem jurídico deixa claro por que uma parte das ações insignificantes é atípica e se encontra fora da apreciação penal, enquanto com outras, inclusive questões bagatelares, isso não se dá⁶⁰. Essa visão, contudo, não é, de modo algum, completa, senão tendenciosa.

Assim, convém notar a situação encontrada em exemplos clássicos, como injúrias dadas dentro de um círculo doméstico. Wolter, em particular atenção a tais casos, atesta que elas não podem ser tidas nem como conforme a um dever, nem como insignificantes, pois fariam parte de um destacado grupo de casos. Estes, até em cumprimento a direitos fundamentais, impõem resposta diferenciada, já que não defraudam, como que em visão jakobsiana, expectativa social. Essas condutas postam-se em áreas de livre comunicação apartadas do Direito Penal, as quais não implicam simples risco permitido. Tais situações ou são socialmente habituais, ou dispostas no seio das relações sociais⁶¹.

Nesse esteio, uma conduta tida como socialmente adequada pode, em sentido negativo, se mostrar como presente e eficaz, mesmo em dias que correm⁶². Somente um Direito Penal orientado ao seio comum, ao homem enquanto homem em sociedade, ao sujeito portador de direitos, ao ente dotado de dignidade humana pode se mostrar válido e operacional⁶³. Esse vínculo acaba se

perfazendo, de modo ideal, com uma orientação político-criminal, mas não é de se esquecer que o destinatário básico da ciência criminal é o homem. Com tal perspectiva, parece mais interessante a opção tomada por Wolter, ao considerar não só a adequação social como compatível com a imputação objetiva, como também a ela plenamente coexistente⁶⁴.

Otto segue linha próxima, afirmando que a prioridade da argumentação da adequação social encontra-se na avaliação do risco socialmente adequado, pois tal risco pode ser classificado, de acordo com critérios jurídicos, como irrelevante para o interesse legalmente protegido. Em importante artigo em homenagem a Klug, o qual, como se viu, estabeleceu considerações de peso sobre a adequação social, Otto acaba por mencionar que não seria, assim, o ato socialmente usual que vem a oferecer os parâmetros para a avaliação normativa, mas, sim, o tipo e o modo do risco fundamentado por um ato referente ao interesse legalmente protegido que se mostram como objeto de avaliação normativa. Dessa forma, a adequação social representaria um elemento da presença e da concretização da imputação objetiva⁶⁵, podendo ser tida como complementar a esta. A diferença fundamental é que, diversamente, Otto entende muito arriscada a identificação do comportamento socialmente adequado com o que se pode ter por “comportamento socialmente habitual”, “comportamento trivial na vida social” ou com comportamentos que se movimentem totalmente no sentido da norma da vida social histórica⁶⁶. Isso, além de criar paralogismos, tornaria absolutamente claras as deficiências da adequação social.

Importante se torna frisar, uma vez mais, que o que se evidencia é que, sem dúvida, pode ser constatada uma sorte de situações que não se mostram arriscadas desde um ponto de vista jurídico, mas que, em face de determinadas construções típicas, acabam sendo socialmente adequadas⁶⁷. Por outro lado, há situações em que, claramente, se atua dentro de um risco permitido juridicamente, mesmo que isso não implique aceitação social. Em tais casos, inexistente qualquer ameaça ao bem jurídico protegido. O que ocorre é que pode ser encontrada uma zona cinzenta, de confluência entre ambas as ponderações – socialmente adequadas ou de risco permitido. Nestas é que há de se avaliar a escolha do intérprete. Em outras palavras, os conceitos não são complementares, mas coexistentes, cada qual em particular situação. Assim, ter-se-ia que a adequação social se reproduz como um princípio de interpretação que permite limitar e precisar a imputação objetiva em face dos fatos⁶⁸.

Por outro lado, ao se aceitar a teoria da imputação objetiva, deve-se, aprioristicamente, avaliar se é o caso de ponderação socialmente adequada em bases histórico-ético-valorativas. Em caso positivo, ter-se-ia uma avaliação extrassistêmica, anterior a qualquer pretensão de imputação. Caso contrário, em sendo situação de merecimento de avaliação, dever-se-ia ter em conta uma análise quanto ao risco. Aqueles que, ainda com sedimento finalista, negam a apreciação da imputação objetiva não de entender, por obrigatório, por uma simples e eventual avaliação quanto à exclusão da tipicidade, tendo-se em vista uma perfeita adequação de algumas situações com o horizonte histórico-cultural

de determinada comunidade. Com isso, não se está a pregar uma tese salvacionista da adequação social diante da imputação objetiva, mas sim reconhecendo que ambos os institutos podem conviver bem.

Como bem destaca Mir Puig, a falta de tipicidade penal pode ser derivada de diversas razões, entre as quais, quando não verificada uma considerável afetação do bem jurídico protegido, quer por uma falta de imputação objetiva, ou por esse fato ser tido como insignificante, em casos de aplicação do princípio da insignificância, socialmente adequado, se verificaria a noção de adequação social⁶⁹. Assim, ter-se-iam não situações excludentes mas sucessivas. A adequação social vista como de aplicação pré-típica é perfeitamente compatível com a imputação objetiva, indo-se um pouco além de Wolter quando as entende por se portar como sinônimos funcionais⁷⁰. Conclui-se, pois, de uma interpretação apropriada considerando as normas de todo o código jurídico, prestando, desta forma, uma contribuição àquela compensação de interesses entre a sociedade e os seus membros, que permite, em última análise, o interesse social comum⁷¹.

É verdade que grande parte da doutrina contemporânea considera a adequação social como pouco clara, obscura, sem maiores desenvolvimentos e, mesmo, no entanto, ela pode, e deve, ser vista como fator auxiliar de interpretação. Como claramente pontua Dölling, deve-se indagar se o grau de determinação no caso de soluções aprovadas é mais correto, intenso ou certo, ou, mesmo, se essas soluções não são voltadas aos mesmos critérios

materiais que a adequação social⁷². Mais do que tudo, tem-se que com o seu auxílio podem-se adaptar, de forma significativa, os fatos penais genericamente aceitos e as condições funcionais das áreas vitais individuais. Seria, nesse caso, e ainda consoante Dölling, em apoio ao pregado por Wolter⁷³, uma interpretação sistemática das normas do Direito Penal com a observação dos regulamentos jurídicos em vigor nas diversas áreas vitais e da preservação da unidade do código jurídico. Nesse sentido, na medida em que a respectiva área vital é considerada pelo Direito Constitucional, há de se considerar a interpretação sempre conforme a Constituição⁷⁴.

Tais considerações se fazem mais do que obrigatórias, principalmente quando de uma cada vez mais frequente releitura do Direito Penal pelos tribunais nacionais. Diamante bruto não lapidado, no dizer de Hassemer⁷⁵, a adequação social necessita de outras leituras para sua aplicação no Brasil. Esta, contudo, é imprescindível. Seja entendendo a conceituação clássica da adequação social welzeliana, seja tendo-a como um critério de indicação argumentativa, como prefere Otto, ou de acordo com sistemas sociais, ao gosto de Dölling, fato é que, mais do que tudo, ela se mostra como um critério hermenêutico auxiliar, secundário em relação ao ordenamento legal⁷⁶, característica sua que não pode ser afastada.

Tenha-se em mente, de toda a sorte, que a ideia da adequação social não implica um recuo inadequado do Direito Penal, mas se trata de uma interpretação apropriada considerando as normas de todo o código jurídico, prestando uma contribuição à

compensação dos sistemas sociais⁷⁷. A aceitação de uma leitura de *desuetude*, por onde se limita o poder sancionatório estatal, não é perniciosa, senão, por vezes, útil. Não se trata, enfim, de uma agressão à apregoada segurança jurídica, mas de um predicado maior de segurança da Justiça, tema maior e condutor do Poder Judiciário. Esse o espírito último a ser seguido quando da busca de uma chave interpretativa mais justa ao caso concreto.

Funcionalismo e dogmática penal: ensaio para um sistema de interpretação

I As questões e os problemas

II Funcionalismo teleológico e reconfiguração da dogmática penal

III Sistema de direitos fundamentais e proibição de excesso

IV Referências bibliográficas

Eugênio Pacelli de Oliveira

Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Procurador Regional da República no Distrito Federal. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP e Relator-geral da Comissão de Juristas responsável pelo Projeto de Lei do Senado 156, que propõe um Novo Código de Processo Penal.

I AS QUESTÕES E OS PROBLEMAS

1. Este pequeno ensaio, cujo conteúdo, certamente, tangenciará grandes pretensões, tem um objetivo bem mais modesto. Não insinuará qualquer articulação em torno de um novo sistema penal; tampouco levantará novas objeções àqueles já consagrados. No entanto, propõe-se aqui uma pauta mínima de interpretação para a aplicação do Direito Penal, a partir das premissas já consolidadas no dia a dia de um Estado de Direito, no âmbito de uma filosofia *garantista* do Direito e do Processo Penal, na dupla perspectiva do minimalismo para a tutela penal dos direitos fundamentais.

Nesse passo, fez-se, então, uma escolha, que se pode definir como *metodológica*. Adiante-se, contudo, que o *funcionalismo penal*, aqui abordado em apenas um de seus aspectos principais, não será propriamente um *marco teórico*, no sentido de fundamentar e justificar as preferências do trabalho, bem como suas conclusões. Nada obstante, ele atuará como *ponto de referência* para a construção de soluções de casos concretos, na tentativa de demonstrar a fecundidade de um sistema de interpretação, elaborado, não só nos limites normativos da Constituição e da filosofia política do Estado de Direito, mas como alternativa ditada pelo próprio sistema penal. É dizer: enquanto Claus Roxin, após elaborar seu sistema *teleológico-racional funcional*, levando questões de Política Criminal (funções da pena) para o interior da Dogmática, alerta para os riscos de decisões contrárias à lei, repudiando-as, ainda quando aceitáveis do ponto de vista da citada política criminal, pretende-se aqui discutir com maior profundidade a hermenêutica das incriminações, com a desconstrução, se necessário, da primazia do texto, inerente a olhares *positivistas*, se e quando em *descompasso* com o contexto.

Roxin, como se sabe, articula um sistema penal *orientado para as consequências*, referidas, então, às premissas valorativas que se encontram no seu (sistema) ápice. Seu *funcionalismo* seria teleológico e racional na medida em que a aplicação do Direito Penal estaria condicionada – *também, mas não só* – à finalidade da pena pública, segundo a justificativa anteriormente adotada (política criminal).

Portanto, embora façamos referência ao *funcionalismo penal*, enquanto sistema penal construído a partir das necessidades regulativas do Direito, sem subordinação a conceitos pré-jurídicos ou dotados de imutabilidade universal (ontologia – o *ser* como limite ao *dever ser*), é apenas o sistema de Claus Roxin que melhor se ajustará às soluções hermenêuticas aqui sugeridas. Mas, que já se antecipe: não nos afastaremos da Lei; buscaremos apenas orientar a sua interpretação *dentro* do sistema geral de incriminações.

Cumprido assentar, já aqui, que as soluções alcançadas nos casos escolhidos não se justificarão com base em eventuais *funções* do Direito Penal, mas na *limitação* de sua aplicação, como exigência do Estado constitucional brasileiro. Inevitavelmente, então, se exercerá *controle de validade de normas*, sem o recurso, porém, à abstração de princípios constitucionais específicos (dignidade humana, por exemplo), mas, sim, aos *postulados* inerentes ao nosso modelo político. Por que, então, a referência ao funcionalismo? Simples: a ideia de um sistema (qualquer sistema valorativo) subordinado a um permanente controle quanto à – e quando da – sua aplicação, fundado, como preferimos, na *falibilidade intrínseca* de todo pensamento e práticas sistemáticas, é particularmente atraente no universo jurídico, na medida em que o legislador – criador do direito positivo – padece de infindáveis limitações técnicas, além de insuperáveis *déficits* de legitimação (especificamente quanto às escolhas e métodos de incriminação).

Embora um estudo mais amplo da questão nos conduza a inúmeras problematizações, particularmente no que toca à Parte

Especial do nosso Código Penal, ficaremos aqui, e por ora, com apenas três tipos penais, submetendo à crítica quanto ao sentido usual na sua aplicação: a) o resultado morte (e lesão corporal grave) por conduta *culposa* no crime de latrocínio (art. 157, § 3º, CP); b) o erro quanto à pessoa na *aberratio ictus* (art. 20, § 3º, CP); e, por fim, c) o conceito de *unidade do crime* no delito de infanticídio (art. 123, CP) e a participação.

Serão apenas alguns exemplos de como é possível, e necessário, vincular nosso sistema penal a pautas mínimas de interpretação, a partir da delimitação minimalista, mas efetiva, da intervenção penal.

II FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO E RECONFIGURAÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL

2. Na apresentação que fizemos à tradução nacional do *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Auflage*, de GüntherJakobs, compreendendo a Teoria do Injusto Penal e a Culpabilidade, publicado pela Editora Del Rey sob o título *Tratado de Direito Penal – Teoria do delito e culpabilidade*¹, assentamos pequenas notas acerca das principais objeções metodológicas levantadas pelo *funcionalismo* ao *finalismo*. Tais questões não trazem maiores novidades. Valeremo-nos delas apenas para introduzir nossa tematização, dispensando-nos de uma *reescrita* do texto.

“Welzel, como é de conhecimento notório, firmou sua convicção a partir da necessidade de se contextualizar o sentido de

ação do ponto de vista de sua repercussão no âmbito social, o que somente seria possível pelo reconhecimento da prevalência da *vontade* sobre o *resultado* obtido pela *ação*. Assim, *ação* seria um comportamento *dirigido* pela vontade do autor, que, controlando o curso causal do agir, se conduziria segundo sua *finalidade*. A ideia de ação como mera *causação*, como propugnava o *causalismo*, não ofereceria qualquer contribuição em relação à sua danosidade social e nem mesmo nos principais aspectos da epistemologia jurídico-penal; afinal, vistas as coisas unicamente pelo lado da produção do resultado, até mesmo o fato de dar à luz um assassino seria *ação causal* para o crime (futuro) de matar alguém².

A base, portanto, do sistema da *ação final*, ou do *finalismo*, residia em um conceito predeterminado de *ação*, no qual o conteúdo da vontade (o querer) não poderia ser dissociado do *ato produzido*, de tal maneira que toda ação, *ontologicamente*, isto é, como essência de seu *ser*, deveria ser definida como o *agir finalisticamente orientado*, em razão do *conhecimento* prévio e, assim, do controle (pelo homem) do curso causal do comportamento humano.

Em consequência disso, não se poderia prosseguir compreendendo o dolo e a culpa senão como integrantes do próprio tipo penal, que, retirados da culpabilidade, determinariam o *tipo doloso* e o *tipo culposo*, com exclusão de um (doloso), na ausência de dolo e imputação pelo outro (culposo), se previsto em Lei, nas hipóteses de erro sobre as elementares e circunstâncias do tipo, quando não escusável³.

Sem adentrar as especificidades e eventuais inconsistências sistemáticas e conceituais do finalismo, importa salientar que os sistemas penais que a ele se seguiram se caracterizaram exatamente pela rejeição a este conceito *ontológico de ação*, enquanto categoria predeterminada e subordinante de todo o sistema penal, na medida em que uma estruturação dogmática já previamente vinculada a dados imutáveis – o conceito de ação – poderia não oferecer resultados compatíveis com a *fundamentação* do respectivo sistema, pelo menos em alguns casos, perceptíveis por simples dedução.

De todo modo, pode-se mesmo afirmar que todo sistema de conhecimento, ao menos enquanto organizado como tal (sistema), não pode manter-se desatrelado de suas finalidades ou das valorações (nos sistemas culturais e sociais) que o fundaram, sob o risco de se afastarem de sua legitimação material, que não pode ser obtida unicamente por meio de procedimentos dedutivos, próprios de um certo tipo de lógica formal.

É nesse cenário que surge o *funcionalismo penal*, que, em quaisquer de suas vertentes, parte da rejeição do conceito final de ação e afirma a prevalência das necessidades regulativas do sistema, para fins de estruturação da dogmática jurídico-penal. De tal modo isso ocorre que a perspectiva *naturalista* dos sistemas anteriores se vê superada por uma concepção essencialmente *normativista* do Direito Penal, que termina, inclusive, por diminuir intensamente a importância dos tradicionais métodos de apuração do nexos causal – quando não por afastá-lo completamente – a partir do estabelecimento de critérios de *imputação objetiva* da

ação e do resultado. Abandona-se, portanto, sobretudo em Jakobs, a problemática busca *causal* do resultado, substituída pela descoberta (dele, resultado) segundo orientações normativas, sob a perspectiva, então, de uma teoria do *risco*, tendo como ponto de partida a permissão ou proibição de criação desse risco pelo ordenamento, e a relevância da conduta do agente em relação à produção (incremento do risco) do resultado^{4,5}.

3. Claus Roxin, ao contrário de G. Jakobs, elabora um sistema penal de conteúdo essencialmente valorativo, cuja principal característica reside na subordinação de todos os elementos (tipicidade, ilicitude etc.) e categorias (assim, por exemplo, o conceito de autoria, de participação etc.) do delito às determinações da política-criminal que justificaram a adoção deste ou daquele Direito Penal.

Após alertar para os riscos do pensamento sistemático de corte dedutivo, isto é, daquele que busca as soluções de problemas concretos unicamente dentro do próprio sistema, por meio de deduções de regras gerais (até o caso particular), Roxin propõe um modelo de controle da operatividade (aplicação) do sistema penal, submetendo as soluções então oferecidas (pelo sistema) aos casos concretos ao confronto com as valorações de política criminal que o fundamentaram (sistema). É dizer: as escolhas feitas no âmbito da política criminal, que determinarão o modelo de Direito Penal a ser aplicado, devem compor também a própria Dogmática Penal, de modo que permitam um permanente controle do funcionamento concreto do sistema, que se veria, assim, atrelado às funções que abstratamente lhe deram origem.

Se Jakobs se limita a descrever uma dada sociedade segundo sua existência real, sem adentrar em possíveis justificações acerca do acerto, ou não, de suas valorações de Justiça, estruturando um sistema penal de base essencialmente normativista e formal⁶, Roxin trilha outro caminho. Em seu *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. 2. Auflage*, que recebeu tradução espanhola⁷, Roxin deixa absolutamente clara a sua opção pela delimitação do Direito Penal ao âmbito do Estado de Direito⁸, baseado na liberdade do indivíduo, elaborando, então, um conceito *material* de delito, a partir da proteção de bens jurídicos, entendidos como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”⁹.

E, após reconhecer as distinções entre dogmática penal e política criminal, o ilustre penalista alemão insiste nas inúmeras possibilidades criativas reservadas à primeira (dogmática), que, pela via da interpretação – inerente à aplicação do Direito –, poderia elaborar uma sistematização sob *considerações teleológicas/político-criminais*¹⁰.

4. No entanto – e é aqui que se inicia a nossa insinuação de um sistema de interpretação, desatrelado, porém, de finalidades (funções) específicas do Direito Penal e, assim, de considerações de política criminal –, Roxin concede poderes excessivos, primeiro, ao legislador, e, segundo, ao próprio sistema dogmaticamente construído

(Dogmática Penal), ao afirmar que soluções movidas por estes motivos (de política criminal), ainda que dignos de reconhecimento, poderão produzir respostas *dogmáticamente erradas*, inaceitáveis na medida de sua violação ao texto legal expresso¹¹.

Nesse ponto, então, pensamos que semelhante sistema, claramente orientado às consequências, embora de grande valia em muitos e na maioria dos casos, peca por um certo reducionismo metodológico. Com efeito, se efetivamente soa proveitosa a construção de um sistema penal orientado por finalidades teleológicas racionais, não só do ponto de vista da aplicação consequente das imputações incriminadoras (o Direito Penal escolhido), mas também para a construção das categorias dogmáticas de tal sistema (aqui, de novo, os conceitos de autoria, de participação, de ação, de tipicidade etc.), necessárias ao procedimento de concretização daquele direito, de outro lado, parece fazer ressurgir um novo tipo de positivismo tardio, sobretudo na questão atinente às limitações impostas pelo legislador à dogmática.

A nosso aviso, as inúmeras inconsistências legislativas nacionais, particularmente no âmbito das incriminações, podem e devem ser corrigidas por meio de uma interpretação *sistematizante* – quando se referirá ao próprio sistema, buscando nele a justificativa para a *corrigenda* – e também *limitadora* da punibilidade, já agora no campo de uma hermenêutica própria ao Estado de Direito, no marco de um modelo garantista de proteção das liberdades públicas. Obviamente, não se defenderá a possibilidade de substituição do legislador pelo aplicador. A Lei

segue sendo o limite do arbítrio, também para interpretações pautadas pela proibição de excesso. Mas, como se verá, há alguns casos que reclamam imediata modificação de entendimento, diante do afastamento manifesto da previsão legislativa à respectiva fundamentação.

III SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROIBIÇÃO DE EXCESSO

5. O modelo político nacional não deixa margem a dúvidas: a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, CF). Não é só: o art. 5º consolida a estrutura das liberdades públicas em um vasto rol de direitos e garantias fundamentais.

Da perspectiva normativa, portanto, o direito positivo brasileiro autoriza a elaboração de um sistema jurídico fundado na realização dos direitos fundamentais, e, assim, de um sistema *dos direitos fundamentais*. Essa é, efetivamente, a atual configuração do Estado de Direito, seja no âmbito de uma teoria discursiva do direito¹², seja no campo de uma vinculação material do aparato jurídico a premissas valorativas de outra ordem (metafísicas, morais etc.).

Posto isso, um sistema de direitos fundamentais somente se realizará em ambientes teóricos (para a construção de sua *práxis*) bem delimitados, no qual se reconheça as deficiências de qualquer intervenção estatal caracterizada pela coercibilidade de seus

instrumentos, tal como ocorre no sistema penal. Não só deficiências, mas, sobretudo, o risco de reprodução dos males que se quer conjurar, na exata medida em que níveis mais altos de coercibilidade e de violência institucionalizada tendem para a eternização de sua necessidade.

O denominado *garantismo penal*, tão incompreendido quanto referenciado (para o bem e para o mal) em doutrina e na jurisprudência de nossos dias, não pede muito, malgrado os excessos na sua aplicação: exige--se, com ele, prudência nas incriminações; ciência (como compreensão) da falibilidade do conhecimento humano e respeito aos direitos fundamentais da pessoa. Nada que já não tenha sido reclamado há tempos pelos povos civilizados. “Dentre tantas as antíteses apontadas na obra de Ferrajoli, a rejeição à estrutura autoritária de Estado, como impossibilidade de sobrevivência de um ambiente garantista – Lei × Arbítrio (em última análise) – parece decisiva. O princípio da *legalidade* surge como verdadeiro pressuposto de uma ordem social e política com pretensões democráticas. E daí se chegará com facilidade a diversos outros axiomas de Ferrajoli para o Direito Penal (*Nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex poenalis sine necessitate e nulla necessitas sine injuria*). No âmbito de uma democracia, na qual os direitos fundamentais ocupam posição central na definição do papel do Estado (Democrático de Direito), não se podem aceitar incriminações sem finalidade de efetiva tutela daqueles direitos (fundamentais) e nem dirigidas contra condutas que não produzam lesões relevantes a eles (direitos)”¹³.

Nesse passo, como a nossa empreitada segue a trilha da hermenêutica dos direitos fundamentais, o postulado da *proporcionalidade* ocupará posição central. E sobre tal postulado, ou princípio, nem é mais preciso recorrer-se a novas formulações teóricas: há, aqui e no exterior, um sem-número de abordagens sobre a matéria, dispensando mesmo novas investidas. No que nos interessa, a *proporcionalidade* será objeto de exame nas duas vias de sua fundamentação mais recente: a da *proibição do excesso* e a da *máxima efetividade dos direitos fundamentais*. Esta, aliás, a opção acolhida no PLS 156 (Projeto de Novo Código de Processo Penal), em tramitação no Congresso Nacional, reproduzida em seu art. 5º: “A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal”.

Esclareça-se, contudo, que, em princípio, a perspectiva da *proibição do excesso* oferece melhores alternativas, como instrumento de leitura e acomodação de desvios legislativos. Cumpre assentar, no particular, que, longe de se tratar de separação (um *ou* outro), há relação de complementariedade e reciprocidade necessária entre a *proibição de excesso* e a *máxima efetividade dos direitos fundamentais*, de tal modo que a aplicação do primeiro critério (do excesso) deve ser controlada pelo segundo. E para demonstrar a harmonia entre ambas as perspectivas, também recorreremos a uma interpretação da qual resultará o afastamento de uma norma penal menos grave (art. 123, CP, *infanticídio*) para a incidência de outra, mais grave, (art. 121, CP, *homicídio*), no caso de concurso de agentes na morte do filho pela

parturiente, sob influência do estado puerperal. Uma das argumentações possíveis, como veremos, será aquela que melhor reforce a proteção penal à vida: máxima efetividade daquele direito fundamental.

Como já referido, há inúmeros trabalhos cuidando do tema atinente à proporcionalidade, seja como critério de busca para a norma mais adequada ao caso concreto, quando presentes tensões entre princípios constitucionais, seja como controle de validade das normas, na perspectiva da proibição de excesso¹⁴. Aqui cuidaremos apenas do segundo aspecto, manejando o postulado como controle de validade e de limitação de sentido de normas incriminadoras.

a) O resultado morte culposa no latrocínio (art. 157, § 3º, do CP)

6. O legislador brasileiro estabelece no art. 157, § 3º, do CP, que, quando, no crime de roubo, da violência empreendida pelo agente resultar morte, a pena mínima a ser aplicada será de *vinte anos*. Nada diz acerca de haver ou não dolo quanto ao resultado, contentando-se com a ação violenta. Em resumo: confere tratamento unitário, quanto à reprovação, ao resultado culposo e doloso em uma ação dirigida pela violência.

Ensina a dogmática penal que o crime *preterdoloso* ou *preterintencional* seria aquele cujo “resultado final vai além da intenção do agente, havendo dolo quanto à ação, e culpa quanto ao resultado”¹⁵. A apenação, nesses casos, haverá que levar em consideração que o resultado *não desejado* não pode ser imputado

no mesmo grau de reprovação que o outro, *desejado*. Atenta-se para o menor desvalor da ação, referente ao resultado.

Já no crime *qualificado pelo resultado* acentua-se o juízo de maior reprovação unicamente no resultado gravoso, independentemente de se tratar de conduta *voluntária* ou *involuntária*¹⁶. A explicação dogmática para a distinção de tratamento (crime qualificado pelo resultado e crime preterdoloso) parece residir na qualificação do delito como *crime complexo*, com o que, segundo parte da doutrina, se poderia justificar a unidade de tratamento ao dolo e a culpa. O nosso HUNGRIA chega a referendar a opção nacional (de idêntica pena na culpa e no dolo no resultado morte no latrocínio) com um argumento absolutamente questionável. Diz ele: “Nem se diga que merece censura por haver, ainda que excepcionalmente, submetido a igual tratamento o dolo e a culpa. O *versari in re illicita*, notadamente quando a *res illicita* é a prática de roubo, justifica essa equiparação”¹⁷. Não há como não indagar: *Notadamente?* Por quê? A proteção penal da propriedade ocupa – e deve ocupar! – alguma primazia no cenário das incriminações? Relembre-se que o crime é *contra o patrimônio* e não *contra a vida*. FIGUEIREDO DIAS, dentre outros, rejeita a validade do aforismo (*versari in re illicita*), originado, aliás, do direito canônico: “Na sua frieza vocabular, um tal princípio não pode considerar-se, de modo algum, compatível com o princípio da culpa (culpabilidade), antes parece clara manifestação de uma responsabilidade objetiva ou pelo resultado”¹⁸.

Ao que se vê, o nosso Código Penal acolheu a segunda definição, tratando o latrocínio como crime complexo, qualificado pelo resultado. Assim, e na *letra fria* do texto, pouco importa se o agente, para se apropriar do bem alheio, desfere um tiro na cabeça da vítima, ou, se, para o mesmo fim, provoca-lhe culposamente a morte – por violento empurrão, por exemplo. A cominação mínima será de *vinte anos*, em quaisquer dos casos.

Por isso, Damásio, depois de identificar o problema, chega a sugerir que a distinção entre comportamentos tão desassemelhados, mas com idênticos resultados, seja feita por ocasião da dosimetria da pena, aumentando-se, então, no caso de morte dolosa¹⁹.

7. A primeira questão que se põe, portanto, diz respeito à *autonomia* tipológica de semelhante delito (de latrocínio), pelo resultado mais gravoso.

Do ponto de vista da proteção penal de bens jurídicos parece não haver dúvidas de que tanto o bem *vida* quanto o *patrimônio* já teriam recebido tutela específica no âmbito do art. 121 e do art. 157, *caput*, ambos do Código Penal. Assim, relativamente a uma conduta dirigida à lesão de ambos os bens jurídicos – vida (morte) e patrimônio (subtração) –, o grau de reprovação da ação e do resultado já estaria contemplado no concurso material (art. 69 do CP) entre os crimes de homicídio e de roubo. Note-se, mais, que a pena mínima a ser então aplicada em tal situação, abstraindo-nos, por ora, do tipo do art. 157, § 3º, do CP (latrocínio), seria de

dez anos, resultante da soma do homicídio (seis anos) e do roubo (quatro anos).

Já aqui se tem um panorama dramático do acréscimo da pena previsto para o latrocínio, enquanto tipo autônomo: o mínimo seria de *vinte anos* e não daqueles dez, que resultariam do concurso material entre homicídio e roubo. A pena mínima cominada é simplesmente o dobro!

Como se vê, o excesso legislativo é manifesto. Em Portugal, por exemplo, país em que se adotou também a autonomia da incriminação para o latrocínio (em vez da regra do concurso material – homicídio + roubo), qualificando o roubo pelo resultado morte, a pena mínima é, no entanto, *a mesma do crime de homicídio*, isto é, de oito a dezesseis anos (art. 210, 3, do Código Penal português). Naquele país, verifica-se, aliás, que a pena ficou *aquém* daquela que seria obtida pelo concurso material. Na verdade, ao que parece, no que toca exclusivamente à pena mínima para o resultado morte (latrocínio), o homicídio teria *absorvido* o roubo. Veja-se, então, que, embora acolhida a autonomia do tipo de latrocínio naquele país, a pena mínima cominada *nem passa perto do excesso* de nosso Código Penal, ficando, repita-se, abaixo daquele que resultaria de um concurso material (entre roubo – um ano – e homicídio – oito anos – art. 131 do CP).

A alternativa nacional parece não encontrar reprimenda equivalente no direito comparado.

O que não significa que estejamos autorizados a buscar soluções arbitrárias para o problema, ignorando a ordem normativa. E damos um exemplo: a qualificadora do furto *mediante concurso de duas ou mais pessoas* (art. 155, § 4º, IV, do CP) eleva ao dobro a pena mínima prevista para o tipo simples. Já no roubo (art. 157, § 2º, II, do CP), a mesma qualificadora (concurso de pessoas) faz aumentar a pena de 1/3 até 1/2 (metade) e não no dobro. Porém, eventual solução tendo em vista aplicar-se o mesmo acréscimo aos dois tipos penais (de 1/3 a 1/2) parece-nos arbitrária e não pode ser levada à conta de qualquer *proporcionalidade*. É que a pena mínima do tipo penal de roubo (art. 157 do CP, *quatro anos*) já é imensamente superior àquela do art. 155 do CP (furto; *um ano*). Assim, o acréscimo desproporcional (do ponto de vista aritmético) da qualificadora do furto se justificaria em razão da evidente *desproporção* entre a pena mínima deste (furto) e daquele (roubo). Pode-se não concordar com o acréscimo (do dobro); mas que a alternativa legal parece justificada em bases racionais (aritméticas!) não temos dúvida.

8. Não se pode pensar, então, em uma redução, pura e simples, da pena mínima cominada para o latrocínio, quando a morte resultar de conduta (violência) culposa. Afinal, qual seria o critério nessa hipótese?

A solução aventada por BITENCOURT, reservada à fase de dosimetria da pena, não nos parece adequada. E por uma razão muito simples: a pena mínima do latrocínio, com resultado morte dolosa, terminaria por se ver ainda mais *umentada!*

Inevitavelmente, tendo em vista não ser possível diminuir o mínimo de vinte anos para o resultado culposos.

A nosso juízo, o postulado da *proibição de excesso*, enquanto pauta mínima de interpretação em matéria penal, poderia oferecer uma resposta plausível, desde que manejada dentro do próprio sistema de incriminações.

E não vemos como não se ultrapassar, e desconstruir, se necessário, conceitos e/ou categorias dogmáticas já consolidadas, a partir, sobretudo, de duas questões fundamentais.

Em primeiro lugar, em um mundo pós-positivista (daí nossa crítica ao ressurgimento de um novo positivismo nas limitações ao texto da lei antevistas por C. Roxin – *retro*), não se concede mais poderes nem sensibilidades divinas ao legislador. Uma coisa é a escolha do Direito Penal e de suas incriminações e sanções. Outra, muito diferente, é aplicar o Direito à base do *dura lex sed lex*, como se não houvessem desvios e equívocos, lógicos e materiais, em qualquer regulação normativa.

Não parece haver dúvidas acerca da pretensão legislativa de emitir juízo de maior reprovabilidade ao resultado morte decorrente de uma ação violenta, desferida com finalidade de obtenção de vantagem patrimonial. Por isso, não julgamos demasiada a exasperação da pena mínima, acima dos limites em que se daria em um concurso material de homicídio e roubo (6 + 4, respectivamente), embora o patamar escolhido, *no dobro* do somatório dos delitos, pareça-nos absurdo.

Pode-se especular, com efeito: o desvalor da ação violenta, somado à indiferença demonstrada quanto ao bem *vida*, eliminado para o fim de proveito patrimonial, há de merecer tratamento mais gravoso. E mais: pode--se imaginar que de tais ações violentas seja sempre previsível a ocorrência de uma lesão corporal grave ou até de morte. Pode ser.

9. No entanto, na primeira hipótese antes referida, somente a ação dolosa se prestaria a demonstrar a indiferença em relação à vida, subtraída unicamente para proveitos patrimoniais. A morte culposa não ultrapassa, em princípio, qualquer outro limite, senão aqueles já previstos no tipo penal de homicídio. Note-se – e isso é fundamental – que a pena mínima do homicídio culposo é imensamente menor que aquela do doloso (1 ano e 6 anos, respectivamente), embora o resultado seja o mesmo. Não há como ignorar ou suprimir do juízo de reprovação penal a distinção abissal entre a conduta dolosa e a conduta culposa. Identidade de resultado não parece suficiente.

De outro lado, a eventual previsibilidade do resultado morte na ação violenta do roubo pode perfeitamente ser adequada ao conceito de *dolo eventual*, se e quando a lesão grave ou a morte forem indiferentes ao agente, ainda que não desejadas.

O que não parece sensato nem admissível é a unidade de tratamento reservada ao dolo e a culpa no latrocínio, sobretudo em razão da existência de tipologias específicas para ambos os bens jurídicos atingidos, claramente suficientes para a respectiva proteção. Tipos penais qualificados pelo resultado, sem indagação

acerca da conduta antecedente que lhe deu causa, somente podem cumprir alguma função no Direito Penal quando ausentes no ordenamento as tipificações pertinentes e específicas em relação aos elementos do fato (ação, resultado, nexos etc.).

Assim, a única solução possível é reconhecer no latrocínio uma *ficção jurídica* cuja aplicação dependerá do preenchimento das condições que a justificaram. Dizemos *ficção* em razão da antecedente previsão legal de proteção à vida e ao patrimônio em tipos específicos, quais sejam, a) o disposto no art. 121 e b) o no art. 157, *caput*, todos do Código Penal. Da perspectiva do juízo de subsunção, ou seja, da adequação do fato da realidade ao tipo normativo, ambos cumpririam a contento a sua missão, particularmente associados à previsão do concurso material, tal como estabelecido no art. 69 do Código Penal.

De modo que, quando o resultado morte, decorrente da ação violenta no roubo, for produzido por uma ação dolosa, direta ou eventual, poder-se-á aplicar a péssima escolha legislativa contida no § 3º do art. 157 do CP, já que não se trataria de invalidade da norma, no plano constitucional. Uma inquietação: o homicídio qualificado *mediante paga* (art. 121, § 2º, I, do CP) não guardaria as mesmas características de uma morte dolosa, para proveitos patrimoniais? A pena mínima, no entanto, é bem menor: 12 (doze) anos. E, se acrescida – concurso material – com o roubo (4), chegaria a 16 (dezesseis), ainda menor que a pena mínima do latrocínio. Desproporção evidente no interior do sistema.

Mas, de outro lado, quando a morte resultar de ação culposa, ainda que violenta, a ficção jurídica do latrocínio deverá ceder lugar à realidade, não só dos fatos, mas da própria estrutura normativa incriminadora (o sistema penal), devendo-se aplicar a pena do crime de homicídio *culposo*, em concurso material com o crime de roubo. Todos os comportamentos da realidade assim realizada se conteriam nos mencionados tipos, não havendo razão alguma para o recurso à excepcional incidência da exasperação do latrocínio. Interpretação diferente conduziria à violação da proibição de excesso, resultando em grave intervenção estatal no âmbito das liberdades públicas, sem justificativa racional, o que pode ser deduzido a partir da própria regulação penal da proteção da vida e do patrimônio na legislação penal vigente.

b) Erro quanto à pessoa na *aberratio ictus* (art. 73, e art. 20, § 3º, do CP)

10. No exemplo anterior, a alternativa hermenêutica apresentada terminou por fundar-se na seguinte percepção: como já havia tipos penais específicos e gerais cuidando da proteção à vida (art. 121 do CP) e ao patrimônio (art. 157, *caput*, do CP), suficientes para abarcar, em juízo de *subsunção*, os comportamentos descritos na qualificadora do resultado morte do latrocínio (art. 157, § 3º, do CP), não necessitariam de tipologia autônoma. É dizer: a opção pelo incremento da reprovação e pela exasperação da pena surgiu como verdadeira *ficção jurídica*, na medida em que, no plano da realidade (fato), as condutas ali narradas já estavam acomodadas na proteção penal geral. Note-se: o que é *ficção* não é o tipo do art. 153, § 3º, do CP, que reproduz

outros, mas a *pena ali cominada* e a reprovação que nela se contém.

O tratamento legislativo da *aberratio ictus* (art. 73 do CP) no erro de pessoa (art. 20, § 3º, do CP) também encobre uma *ficção jurídica*. Adotou--se no Código a chamada *teoria da equivalência*, via da qual se tem em mira a perspectiva do bem jurídico atingido. Assim, se a ação se dirige contra uma pessoa, e, por erro de execução, atinge outra, a legislação considera que a proteção penal é objetiva, independentemente da ofensa idealizada.

Este é um caso emblemático da complexidade das questões aqui tematizadas. Seria possível *ignorar* a escolha legislativa (da teoria da equivalência) e adotar outra, da *concretização*, atentando-se para o fato *real* e não para o fato *idealizado*?

Paulo QUEIROZ traz exemplo de grande valia para a compreensão do problema. Pior. O exemplo é real, efetivamente ocorrido, há tempos, no interior da Bahia.

ESPOSA, querendo matar seu ESPOSO, adicionou veneno na refeição que seria levada ao trabalho. Não havendo serviço naquele dia, a marmita foi devolvida aos filhos menores do casal. Estes, antes de chegar em casa, comeram a refeição e terminaram por falecer, vítimas do veneno²⁰. A ESPOSA foi denunciada, então, por homicídio qualificado e agravado contra o marido, na forma consumada, com fundamento exatamente no erro de pessoa.

Como se vê, a teoria adotada no Código parte de uma verdadeira ficção. A consumação de qualquer resultado no caso narrado não ocorreu em relação ao ESPOSO. A morte obtida pelo emprego de veneno abateu-se sobre os filhos da agente. E, em relação a eles, o resultado (morte) ocorrera por *culpa*, evidentemente. Já em relação ao marido, como houve início do *iter criminis*, teria havido *tentativa* de homicídio, visto não ter ele sofrido quaisquer danos.

Jakobs, em casos semelhantes, entende que o agente deve responder por crime doloso consumado, apenas e sempre que este puder incluir na representação (antecipação mental) que faz do processo causal o risco de atingimento de outra pessoa²¹.

Roxin, após classificar, acertadamente, as hipóteses em que o agente pode prever o risco de lesão a *outrem* como situações de dolo *eventual* ou *alternativo*, desenvolve uma concepção fundada em um *plano do fato*, cujos resultados seriam idênticos aos da teoria da concretização. Segundo ele, no planejamento da ação haveria uma valoração *objetiva* do resultado (fato), de tal modo que a não realização daquilo *efetivamente desejado* impediria a aplicação do tipo consumado (também desejado), devendo o agente responder por ação imprudente quanto ao terceiro atingido e por tentativa (tipo objetivamente realizado) em relação à pessoa idealizada²².

FIGUEIREDO DIAS, no ponto, é esclarecedor, quando ressalta a diferença de tratamento de hipóteses de *aberratio ictus* e de erro de pessoa. No primeiro caso, de erro na execução contra

determinada pessoa, atingindo-se outra, sustenta a prevalência da teoria da concretização, devendo o agente responder por tentativa, em face da pessoa idealizada, e por imprudência, em face da pessoa atingida. No segundo, quando o agente *não erra na execução*, e sim na *formação de sua vontade*, atingindo uma pessoa que julgava ser outra (erro de pessoa), a solução deve ser diferente, dado que a proteção da lei é reservada a qualquer pessoa (teoria da equivalência), sendo irrelevante o erro quanto àquela atingida²³.

11. Veja-se, então, que há duas perspectivas a serem bem compreendidas.

A, avistando B, desfere-lhe um tiro mortal, com intenção de matá-lo. No entanto, a pessoa que avistara não era B, e sim C. A hipótese seria de homicídio consumado, sendo indiferente a identidade da vítima. No direito comparado, parece haver quase unanimidade quanto ao acerto de tal solução, em razão da igualdade material da proteção penal do bem jurídico.

Outro caso: A, avistando B, desfere-lhe um tiro mortal, com intenção de matá-lo. O disparo, porém, atinge C, que se encontrava nas proximidades. Aqui, abstraindo-nos das considerações acerca do *dolo eventual* ou *alternativo* em relação a C, ou mesmo da imputação pelo risco, o fato concretizado haverá que ter primazia, respondendo o agente por *tentativa* em relação à pessoa desejada e por *culpa*, relativamente ao resultado obtido. Esse também o entendimento da doutrina comparada antes mencionada. Entre

nós, QUEIROZ defende a mesma resposta, recorrendo a uma interpretação conforme a Constituição²⁴.

E qual seria a solução no exemplo que demos, no caso da morte dos filhos, causada pela mãe, que desejava matar o marido? Seria possível afastar-se a previsão legal de nosso art. 73 do CP?

Por primeiro, é de se ver que a hipótese não é de erro de pessoa, no sentido de ter o agente (ESPOSA) confundido a vítima, produzindo o resultado em pessoa diferente.

Parece-nos, ao contrário, que se cuida de *aberratio ictus*, mas que, segundo o nosso Código Penal (art. 73), deveria receber o mesmo tratamento do erro (de pessoa – art. 20, § 3º, do CP).

No entanto, pensamos ser possível o afastamento da citada norma, na mesma linha argumentativa desenvolvida em relação à não aplicação do latrocínio para o caso de resultado morte culposa, resultante da violência no roubo (art. 157, § 3º, do CP).

Mas, diversamente daquela hipótese (do latrocínio), a solução aqui afastaria a própria *validade* da norma prevista no citado art. 73, incluindo a última disposição, que estabelece o concurso formal de crimes na hipótese de serem atingidos terceiros e, também, a pessoa contra a qual se desferiu a ação. É que, se, de um lado, não há maiores problemas em relação à norma do art. 20, § 3º, do CP, atinente ao erro de pessoa, a adoção da teoria da equivalência na *aberratio ictus* se revela, não só dogmaticamente inadequada, mas fundamentalmente *excessiva* dentro do próprio sistema de incriminações.

No erro de pessoa, a solução de se punir o agente por crime consumado (contra quem se pensava ser a vítima desejada) é justificada, não só pelo resultado obtido, mas pela regra de proteção ao bem jurídico; independentemente de quem seja a vítima, teria havido ação dirigida contra a vida. Nessa hipótese, nem sequer se poderia pensar em uma imputação do resultado por culpa, já que a conduta então realizada não assumiria contornos de imprudência ou negligência. Ao contrário: a ação teria sido obviamente dolosa. E, menos ainda, se poderia falar em crime *tentado*.

Já na *aberratio ictus*, a ação *originária*, isto é, a conduta dirigida contra a vida *já encontra proteção penal específica*, na cláusula geral do *crime tentado*. É dizer: do mesmo modo que aquele que desfere um tiro contra alguém e erra, por circunstâncias alheias a sua vontade, responde por *tentativa de homicídio*, o que pode ser acrescido ao comportamento do agente que, também por erro de execução, acaba atingindo terceiro, é apenas e tão somente o resultado decorrente de sua imperícia ou imprudência. Aquele que atinge o terceiro deve responder por tentativa em face da vítima desejada e por culpa, relativamente ao resultado morte do terceiro.

De outro lado, é verdade que o nosso sistema penal acomoda hipóteses de *ficções* ao lado de regulações da *realidade*, como bem o demonstra o tratamento do erro na discriminante putativa (art. 20, § 1º, do CP): ali, a conduta *dolosa* de matar quem se julga invasor de sua casa, supondo, porém, situação de

legítima defesa, é punida a título de *culpa* (imprópria), ainda que evidentemente voluntária a ação e desejado o resultado.

Contudo, a modificação de uma consequência aferida no plano da realidade para finalidades exclusivamente jurídicas (ficção) somente se justifica quando insuficiente ou exorbitante a observância das regras do direito vigente. Exemplo mais emblemático de tal situação é a regra do crime *continuado*, tal como disposta no art. 71 do Código Penal. Não houvesse essa regra, aquele que adentrasse um edifício de lojas comerciais e subtraísse de cada uma delas, de vítimas diferentes, determinada coisa (alheia) móvel, responderia por múltiplos delitos, correndo o risco de ver sua pena ultrapassar o mais hediondo dos crimes. A ficção jurídica aqui se justifica plenamente.

A solução prevista no art. 73 do CP, dando tratamento unitário a questões tão diversas, constitui, evidentemente, uma ficção jurídica. De um *duplo* resultado *real* – *tentativa dolosa* em relação à vítima desejada e crime *culposo* em relação ao outro (atingido) – fez-se um *único*, pensado unicamente pelo legislador. Veja-se que semelhante solução ignora olímpicamente a *pluralidade de bens jurídicos* atingidos pela ação do agente.

Mas não é só. Não se limita a deixar a descoberto a punição por um dos resultados alcançados (de novo: *tentativa de morte dolosa e morte culposa*); resume a punição à situação abstrata mais grave (homicídio), pela soma do resultado (morte) e da ação (dolosa), sendo-lhe (ao CP) indiferente o processo causal e a existência de vítimas diferentes. Na aritmética, o CP mostrou-se

mais gravoso: a soma da tentativa do crime doloso (homicídio) e da morte culposa é inferior ao mínimo previsto para o homicídio consumado (seis anos – art. 121 do CP), ainda quando aplicada a redução mínima à tentativa (um terço – art. 14, parágrafo único, do CP).

Do que resultou, então, não só incompatibilidade com o sistema geral penal, no que se refere ao conceito e, sobretudo, às consequências, i) do delito *culposo*; ii) da punibilidade diminuída no resultado não obtido pela ação desejada (tentativa); iii) da proteção geral dos bens jurídicos, seja quanto à ação dolosa, seja quanto à ação culposa (dupla ofensa); mas criou--se figura de ficção jurídica absolutamente injustificada quanto aos seus propósitos, e, mais que isso, contrária à vedação do excesso na intervenção estatal penal, no âmbito do sistema constitucional dos direitos fundamentais.

12. Com tais considerações, a solução para o exemplo dado seria a seguinte: a ESPOSA deveria responder por duplo homicídio culposo, em relação aos seus filhos menores, e por tentativa de homicídio doloso contra o ESPOSO. A redução do excesso se faria, a seguir, com a concessão do perdão judicial relativamente aos delitos culposos, tendo em vista a gravidade das consequências do crime para o seu agente (art. 121, § 5º, do CP)²⁵.

c) A unidade do crime no infanticídio (art. 123 do CP) e a participação

13. Cezar BITENCOURT resume bem a polêmica nacional acerca da participação no crime de infanticídio. De um lado, estariam Roberto Lyra, Magalhães Noronha, Frederico Marques, Basileu Garcia, José Cirilo de Vargas (incluímos nós)²⁶, dentre outros, todos no sentido da comunicabilidade da *influência do estado puerperal*, daí resultando a aplicação da pena do crime de infanticídio para o terceiro que contribui com a parturiente na morte do próprio filho. Em lado oposto, Hungria, Fragozo, Aníbal Bruno e outros, propugnavam pelo entendimento oposto, concluindo dever o terceiro (que prestou auxílio) responder por homicídio²⁷.

O nosso ilustre penalista (Bitencourt) rejeita a segunda alternativa, fundamentando sua posição na literalidade do texto brasileiro, que, ao adotar a teoria *monista* da ação (art. 29 do CP), não autorizaria, em regra, tratamento mais gravoso ao terceiro, coautor ou partícipe, independentemente da justiça ou não da opção legislativa.

Eis aqui, então, mais uma questão que se pode incluir entre problemas típicos de dogmática. E, mais que isso, problemas cuja solução cotidiana tem se apegado excessivamente ao princípio da legalidade, sob viés eminentemente positivista, descurando, porém, e não raramente, de uma hermenêutica mais consequente às missões do Estado de Direito.

14. Desde logo, esclareça-se que a própria legislação brasileira flexibiliza a adoção da teoria monista da ação, quando, no crime de aborto, prevê tipos penais *autônomos* para a vítima e para

o terceiro (arts. 124, 125 e 126 do CP). Dir-se-á, então, que, exatamente neste caso, e somente por força de lei expressa, se poderia afastar a regra da unidade do crime (art. 29 do CP). No entanto, o que se propõe aqui é justamente alargar as possibilidades interpretativas do direito penal, sem as amarras de conceitos e categorias da Dogmática Penal, e, se preciso for, com modificação sensível do texto legal, em favor de uma contextualização mais consequente do sistema.

HUNGRIA, como se sabe, sempre rejeitou a aplicação da unidade do crime no infanticídio, afirmando que o terceiro deveria responder por homicídio e não por infanticídio. Alertava o mestre que “A quebra da regra geral sobre a *unidade* de crime no *concursum delinquentium* é, na espécie, justificada pela necessidade de evitar-se o contrassenso, que orçaria pelo irrisório, de imputar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado *sob a influência do estado puerperal*”²⁸.

Apesar de não aderirmos à tese do crime *personalíssimo* a que alude HUNGRIA, como reforço de argumento para a não aplicação da antiga norma do art. 26 “sobre as circunstâncias de caráter *pessoal*, quando elementares do crime”, acompanhamos a conclusão de Sua Excelência. E aproveitamos para pinçar uma pequena observação feita pelo douto penalista, de modo a demonstrar sua inconformidade com o apego à rigidez textual da legislação: “...evitar-se o *contrassenso*, que orçaria pelo *irrisório*...”.

Bem examinadas as coisas, tem ele total razão. O infanticídio, que nada mais é que uma hipótese de homicídio

privilegiado – a tipificação autônoma é mera opção legislativa –, se refere ao *estado puerperal*, condição psíquica exclusiva da parturiente, provocada por perturbações físicas e psíquicas, que, eventualmente, podem acometer a mãe no pós-parto. Digno de nota, no particular, a riquíssima pesquisa histórica e comparada registrada por HUNGRIA sobre o tema²⁹.

Diz a nossa lei: “Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Não há, contudo, no plano do *real*, isto é, da realidade concreta e cotidiana, a mais mínima possibilidade de *comunicação* da aludida condição pessoal da parturiente a quem quer que seja. E nem o legislador e nenhum conceito dogmático podem subordinar as funções e a interpretação do Direito a uma *ontologia* imutável, como se a lei devesse sempre ser cumprida, *na exata medida de suas determinações expressas*, sem maiores indagações acerca da compatibilidade de seu conteúdo com a estrutura normativa geral, em cujo ápice se encontra a Constituição. Um positivismo de corte *legalista* como este não se acomodaria sequer no princípio da legalidade penal.

Ora, evidentemente, o aludido critério poderá ter aplicação em 99% (noventa e nove por cento) dos casos no direito penal brasileiro, revelando--se instrumento útil aos propósitos do sistema geral de incriminações. Mas disso não decorre o *engessamento interpretativo* de seu texto, como se não houvesse a menor possibilidade de descompasso entre o juízo *abstrato* da lei e o

conflito *concreto* da *faticidade*. A *abstração* legislativa jamais acompanhará a complexidade da *concretitude* do mundo da vida.

E, neste caso específico, a interpretação que pretende aplicar a pena de infanticídio ao terceiro, por suposta inevitabilidade da incidência do art. 30 do Código Penal, não leva em consideração inúmeros elementos concretos e normativos que devem se submeter à argumentação em cada caso concreto. Porque alguém que auxilia outrem a matar terceiro deve sofrer maior consequência penal que aquele que contribui para a morte do filho (não dele) pela mãe-parturiente? A resposta, se e quando fundada apenas no texto da lei, é absolutamente inconsistente, pois a) da perspectiva do bem jurídico – vida – haveria *identidade* na proteção penal; b) da perspectiva da *ação* – dolosa – haveria também identidade nas regras do sistema de apenação. Por que então estender o campo da ressalva “*salvo quando elementares do crime* (art. 30, CP)” para além dos limites que fundamentaram a instituição autônoma do crime de infanticídio (perturbação físico-psíquica da parturiente)? Que obstáculo, dogmático e legal, intransponível seria este? Segue resposta, rejeitando-o: à dogmática, responde-se com outra (dogmática), orientada pela hermenêutica dos direitos fundamentais, a exigir igual proteção penal ao mesmo bem jurídico; à lei, recorre-se à Constituição, reunida em um sem-número de dispositivos afirmativos, não só das liberdades públicas, genericamente consideradas, mas também da tutela penal dos direitos fundamentais: Noutros termos: pela dupla face do postulado da proporcionalidade, que deve ser, a um tempo, proibição de excesso, e, a outro, de máxima efetividade dos direitos, incluindo, obviamente, as normas de proteção à vida.

Obviamente, estamos a nos referir aqui às hipóteses de *participação* e não de autoria. Aquele que quer matar a criança e se vale da mãe para a prática do delito, aproveitando-se do estado puerperal em que esta se encontra, responderá, evidentemente, por homicídio³⁰.

Imperativo, portanto, que se imponha uma redução do sentido das expressões “circunstâncias ou condições pessoais” mencionadas no art. 30 do Código Penal, para excluir de seu alcance a hipótese de *influência do estado puerperal*, até porque a aludida perturbação físico-psíquica não configura, rigorosamente, nem uma circunstância nem uma *condição* de que alguém seja portador, mas uma excepcional e temporária patologia, exclusiva da parturiente, e em raríssimas situações.

Um último registro: em Portugal, que adota o mesmo modelo de incriminação específica do infanticídio (art. 136 do Código Penal português), parece não haver maiores indagações sobre responder o partícipe por homicídio e a mãe pelo infanticídio, conforme se vê em obra coletiva, dirigida por FIGUEIREDO DIAS, em comentários ao Código Penal daquele país³¹.

IV REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II.

_____. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I.

_____. *et all. Comentário Conimbricense ao Código Penal. Parte Especial.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre faticidade e validade.* Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. V.

_____. *Comentários ao Código Penal.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VII.

JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade.* Tradução do alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Revisão técnica de Marcelo Schirmer Albuquerque e Valéria Porto. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal. Parte Especial.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Apresentação ao Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade.* Tradução do alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Revisão técnica de Marcelo Schirmer Albuquerque e Valéria Porto. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Prefácio ao Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.* Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella (orgs). Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones. 1997. t. I.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.* Tradução e Introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal. Parte geral.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997. t. I.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista.* Tradução espanhola de José Cerezo Mir, vertida para o português por Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea

1 Introdução

2 O paradoxo do risco

3 O risco e a produção legislativa

4 Risco e a politização da jurisdição

5 Risco e dogmática penal

6 Conclusão

Bibliografia

Pierpaolo Cruz Bottini

Advogado, Professor-doutor de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP, membro da diretoria da Associação Internacional de Direito Penal – seção brasileira e Coordenador do curso de Pós-graduação de Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Foi Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2005-2007) e membro efetivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2008-2010).

1 INTRODUÇÃO

Pode-se caracterizar política criminal como o desenvolvimento de marcos teóricos e estratégias vinculadas a estes marcos para enfrentar o problema da criminalidade dentro de um modelo de direito penal adequado às expectativas sociais vigentes. Cada modelo social é estruturado e garante seu funcionamento pela institucionalização de determinadas expectativas de comportamento, responsáveis pela sensação de

estabilidade de valores e na incorporação subjetiva de determinadas normas de conduta. O direito penal exerce importante função para a estabilização destas expectativas, pois sua evidente incisividade simbólica contribui para a formação (ou deformação) da esperança no atuar do outro.

A presente reflexão não tem o escopo de abordar a efetividade do direito penal, ou da política criminal, para a proteção efetiva de bens jurídicos. Tal análise exigiria o enfrentamento de questões estranhas ao objeto deste trabalho, como a própria definição de bem jurídico e a crise pela qual passa o instituto diante dos novos paradigmas legislativos e dogmáticos¹.

Independente da real ou eficaz proteção a bens e valores, o aspecto simbólico do direito penal tem efeitos sobre as expectativas de comportamento dos membros da sociedade, ora consolidando-as, ora frustrando-as ou banalizando-as. Evidente que o sucesso ou o fracasso deste efeito simbólico está relacionado com a eficácia na proteção aos bens jurídicos, mas esta relação não é imediata nem próxima cronologicamente, de forma que é possível uma reflexão sobre o efeito da política criminal sobre as expectativas sociais (e sobre o efeito das expectativas sociais sobre o direito penal) para desenvolver um instrumental crítico para a própria avaliação posterior desta relação com a real proteção aos bens jurídicos.

O modelo constitucional de organização social e política no Brasil é o Estado Democrático de Direito, de forma que toda a estratégia política criminal deve estar voltada para proteger e estabilizar expectativas de respeito à dignidade humana e aos

valores a ela inerentes. Na linha do explicitado, mesmo que a política criminal aplicada não proteja efetivamente tais bens, deve ser construída com o objetivo de consolidar a expectativa de que o espaço de autodeterminação do indivíduo seja preservado, tanto em relação à interferência invasiva de outros indivíduos quanto em relação à intervenção estatal.

Em regra, não se pode dizer que haja em um Estado de Direito uma estratégia única de política criminal. A própria pluralidade dos discursos e interesses, bem como as distintas concepções normativas, acabam por conceber diversas linhas de atuação política criminal, concretizadas em distintos setores de consolidação de políticas públicas. Assim, o legislador sistematiza e desenvolve diretrizes de política criminal, buscando um consenso nem sempre possível na heterogeneidade dos interesses e setores representados no parlamento, ao mesmo tempo em que é possível a concepção de diretrizes distintas pelos órgãos do poder executivo, cujas decisões estratégicas passam por outras esferas de debate, que, por sua vez, podem ser substancialmente diferentes da concepção judicial ou com os ideais acadêmicos de política criminal.

Esta heterogeneidade complexifica a compreensão dos rumos da política criminal em uma sociedade plural, mas, ao mesmo tempo, enriquece o debate e permite a construção de soluções democráticas para o enfrentamento daqueles comportamentos identificados como contrários às expectativas de autodeterminação no Estado Democrático de Direito.

É sob esse aspecto de interatividade entre os setores responsáveis pelo desenvolvimento de políticas criminais, e sob a ótica de um sistema penal construído com o objetivo (dentre outros) de estabilizar expectativas de respeito à dignidade humana que passamos a avaliar as estratégias de construção e interpretação das normas e princípios penais na atualidade.

2 O PARADOXO DO RISCO

O desenvolvimento da política criminal e a formulação de propostas para o aprimoramento da produção legislativa, dos institutos dogmáticos e da execução da pena são profundamente influenciados pelas transformações econômicas e sociais. A dinâmica das transformações na sociedade contemporânea, com a superação cotidiana de paradigmas, e a apresentação de novidades tecnológicas que colocam em novo patamar as relações sociais impactam a formatação do sistema penal. O inédito sempre carrega a incerteza, e a intensa frequência deste inédito torna a incerteza um elemento do cotidiano, acarretando uma crise de sentido nos discursos que sustentam a construção dos rumos da política criminal.

A velocidade das transformações não decorre do acaso. O modelo de organização econômica que estrutura nossa sociedade e, de alguma forma, condiciona os discursos nela produzidos, assenta-se no princípio da livre concorrência. Ainda que a materialização desta liberdade seja relativa e deficiente, a presunção da existência deste modo de funcionamento econômico pauta as relações de produção, distribuição e consumo. A disputa

pelos mercados consumidores exige do agente econômico a constante inovação para produzir mais, com mais qualidade, em menor tempo e custo. A obstinação com o inédito, e com a velocidade para apresentação da novidade não é apenas um fetiche, mas decorre da necessidade concreta de evitar a obsolescência e a exclusão do mercado pela carência de condições para competir.

Esta obstinação pela novidade tem um custo. Não é de estranhar que um significativo contingente de recursos econômicos privados seja destinado à pesquisa científica. A descoberta do novo exige o emprego de capital humano, intelectual, e estrutura para o aprimoramento de linhas de pesquisa passíveis de agregar valor a produtos ou modos de produção. Evidentemente que não se trata de uma atividade científica desinteressada, mas de estudos e análises voltadas para um objetivo claro: a acumulação de conhecimento para o desenvolvimento de técnicas capazes de garantir ao agente econômico a conquista, ou pelo menos a manutenção temporária, de espaços no mercado consumidor.

A intensificação desta pesquisa científica, por necessidades econômicas, resulta na produção de novas tecnologias em uma velocidade que não é acompanhada pelo desenvolvimento de mecanismos capazes de medir ou prever os impactos destas novidades. O descompasso entre rapidez na produção de novos produtos e a lentidão no desenvolvimento de instrumentos capazes de determinar as consequências possíveis de sua utilização será a base do que chamamos de paradoxo do risco.

O paradoxo do risco pode ser definido como uma espécie de esquizofrenia estrutural da sociedade de consumo, em que os discursos sobre o risco permitido colapsam em antagonismos insuperáveis. Vive-se em uma sociedade em que o modelo econômico é sustentado sobre a criação e oferecimento do novo ao consumidor, justamente porque o mercado exige a novidade e o conforto desta oferta. No entanto, o desconhecimento sobre os riscos inerentes a este mesmo novo fomenta o discurso pela diminuição na intensidade de novidades até que seus riscos sejam conhecidos.

O paradoxo está na massificação de técnicas e produtos inéditos cujos riscos inerentes são completa ou parcialmente desconhecidos (celulares, ondas de rádio, micro-ondas, alimentos transgênicos, queima de combustíveis), fomentada em parte pela própria demanda social por estas novidades, e a ansiedade diante deste desconhecido desejado e temido. Ansiedade sempre reforçada pelas eventuais concretizações de suspeitas catastróficas, como a descoberta dos efeitos colaterais graves decorrentes do uso de medicamentos, ou os desastres ambientais relacionados a novas tecnologias de produção agrícola.

Este sentimento contraditório e complexo, esta dependência estrutural e psicológica do novo em conflito com o temor diante do risco a ele inerente que conforma o paradoxo que envolve as relações sociais e a produção da política criminal².

A consolidação deste paradoxo turba as expectativas de comportamento asseguradas pelas construções normativas. Ainda

que o risco decorrente das novidades não seja necessariamente real ou concreto, a falta de instrumentos para a caracterização dos efeitos possíveis do novo cria a sensação de insegurança que abala as expectativas de preservação de bens e de livre desenvolvimento humano. Não é o perigo constatado que determina a ansiedade social, mas a obscuridade do risco incerto presente nos produtos de uso mais cotidiano. É dessa ignorância que nasce o paradoxo, pois se teme aquilo que se tem como imprescindível.

Esse sentimento de insegurança é intensificado pela democratização dos riscos contemporâneos³. Os possíveis ou imaginados danos relacionados com os novos produtos não respeitam fronteiras geográficas, sociais ou classes econômicas. O desequilíbrio ecológico, a contaminação do ar, o aquecimento global, o desastre nuclear, ainda que afetem de maneira mais intensa as camadas sociais menos abastadas, também agridem os próprios agentes produtores do risco, revelando uma abrangência mais ampla da lesão possível.

Não é por acaso que os discursos sociais pela restrição das atividades arriscadas tenham se fortalecido nas últimas décadas. A preocupação com os novos riscos provém de todas as classes sociais, mesmo dos setores economicamente dominantes, de forma que se consolidem e fortaleçam as reivindicações pelo controle mais efetivo da produção do risco, e se garanta sua repercussão nos meios de comunicação de massa. Tais meios se interessam vivamente pela repercussão do medo do risco, de fácil propagação porque não é mais necessário sofrer seus efeitos corporalmente para vivenciá-lo⁴. A sensação de risco é garantida ao cidadão

mesmo que ele não pertença a seu âmbito possível de afetação. Apontar riscos, existentes ou não, torna-se o fetiche, garante audiência e prestígio. Seria fútil ou insano negar a realidade dos novos riscos, mas o enfoque distorcido a eles conferido acaba por afetar os parâmetros de prioridade nos discursos sociais já abalados⁵.

A intensificação da sensação de insegurança, pela democratização dos riscos e pela distorção em sua percepção, acirra o discurso pela restrição de atividades de risco que, ao mesmo tempo, são imprescindíveis para o desenvolvimento econômico dentro do atual modelo de livre concorrência. A expectativa econômica de inovação, que faz funcionar o sistema atual de produção e consumo, abala a expectativa de segurança, e coloca em crise a estrutura deste mesmo modelo. Este embate discursivo antagônico, paradoxal e autofágico tem consequências em todos os níveis de organização social, com potencial para desestruturar sua base estável e abalar os mecanismos de controle normativo, entre os quais o direito.

Como ensina EROS GRAU, o modelo de organização econômica determina e informa o direito, mas este, como esfera receptiva de outros discursos sociais, também reflete suas pretensões sobre o modo de produção⁶. Esta tensão dialética intensifica-se ao máximo diante do paradoxo do risco, que apresenta posições opostas e inconciliáveis. Ao mesmo tempo em que o modelo econômico tem no risco seu elemento estrutural nuclear, forma-se na sociedade um consenso intersubjetivo de

rechaço a este mesmo elemento, que unifica conjuntamente as diferentes classes sociais.

O direito, enquanto instrumento institucional de estabilização de expectativas, e espaço de consolidação dos discursos ideologicamente dominantes, perde a coerência diante da heterogeneidade dos discursos aptos a criar o referencial normativo.

A fonte primária da norma, o Legislativo, será a arena nuclear da disputa discursiva pela determinação do risco permitido, levada a cabo por setores econômicos e sociais aptos a impactar o modelo institucional de regulação das atividades produtivas. A falta de consenso afetará a produção legislativa, tornando-a dúbia e contraditória.

A diversidade semântica dos textos legais produzidos neste contexto e suas interpretações díspares possíveis dentro do sentido literal dificultam a estabilização de sua aplicação, ainda mais diante da complexidade da realidade abrangida pelos dispositivos legais produzidos pelo paradoxo do risco. Esta complexidade é revelada pela normatização cada vez mais acentuada dos conceitos dogmáticos, em uma tentativa de flexibilização de seus limites para adaptá-los aos novos paradigmas e às novas técnicas de regulamentação.

Passemos, então, à análise mais pormenorizada destes efeitos do paradoxo do risco, tanto sobre a produção legislativa quanto sobre a construção dogmática, com resultados importantes para o desenho da política criminal contemporânea.

3 O RISCO E A PRODUÇÃO LEGISLATIVA

A produção legislativa penal nas últimas décadas revela a perplexidade do legislador diante das novas situações de risco e a tentativa de superar a insegurança pela criação de tipos penais que abarquem os comportamentos intoleráveis ou que pelo menos simbolizem uma resposta aos discursos desesperados por seu controle⁷.

A dificuldade técnica de compreender os novos riscos e separar o realmente perigoso do inócuo resulta na proibição de tudo o que não seja certamente seguro. O princípio da precaução ingressa na seara penal⁸. Como aponta SERRANO: “O sistema político não pode combater o medo da catástrofe, está estruturalmente limitado neste ponto. Portanto, a única forma de atuação que lhe resta é combater o objeto do medo. Isto introduz um desvio negativo a toda gestão pública de riscos, convertendo-a numa política de proibições e restrições, de sanções e limitações”⁹.

No entanto, o caráter dos novos riscos exigirá do legislador o uso de técnicas peculiares na elaboração típica. A dificuldade em conhecer e distinguir os comportamentos arriscados dos inócuos e o desconhecimento da extensão dos eventuais resultados lesivos leva ao uso da técnica dos crimes de perigo abstrato. O uso cotidiano e massificado dos produtos e instrumentos de risco, acarreta na extensão – às vezes desmesurada – da abrangência do cuidado devido nos crimes culposos. E a necessidade de aumentar a sensação de segurança acaba por gerar normas que aumentem o

número de responsáveis por sua manutenção, desencadeando a ampliação da abrangência da omissão penalmente relevante.

A produção legislativa penal, portanto, traz à tona técnicas legislativas já conhecidas, mas pouco utilizadas anteriormente, e as transforma no elemento característico do chamado direito penal do risco¹⁰: crimes de perigo, de omissão e culposos, que às vezes surgem em inusitadas combinações (crimes omissivos de perigo abstrato, crimes omissivos culposos ou crimes culposos de perigo abstrato), que colocam em xeque preceitos e conceitos dogmáticos consolidados, como, por exemplo, a premissa de que o resultado integra a estrutura típica nos crimes culposos.

Por outro lado, a incapacidade do legislador de abrigar na descrição típica todos os aspectos dos comportamentos apontados como arriscados, e a dificuldade de atualizar os dispositivos legais diante da velocidade do desenvolvimento científico, da dinâmica da evolução tecnológica, acarreta na normatização acentuada dos elementos típicos¹¹.

O paradoxo do risco surge com força no momento da fixação normativa do risco permitido ou proibido. A dificuldade de formar consensos no parlamento sobre as fronteiras entre as atividades toleradas e aquelas rechaçadas – ou seja, a complexidade de fixar os parâmetros do risco aceito e não aceito – faz com que o legislador evite normas taxativas, precisas, com sentido claro e determinado¹². A necessidade de conciliação entre propostas sobre o conceito de risco tolerado acarreta a concepção de textos legais com expressões genéricas – sem a delimitação clara do grau de

risco admitido – e a recorrente remissão à autoridade administrativa ou ao Judiciário, a tarefa de determinar com maior precisão os limites das atividades regulamentadas.

Nesse sentido, é comum o recurso a normas com expressões indeterminadas, as normas em branco, que exigem de certa forma o legislador de apontar de maneira clara os contornos do risco admitido ou não.

Ainda intensifica essa tendência a compreensão, por parte do legislador, de que o texto legal detalhista e preciso finda por tornar-se prematuramente obsoleto. A rápida evolução tecnológica e a dinâmica da descoberta científica não se faz acompanhar pelo processo legislativo – cuja característica democrática impõe tempo de maturação para a concepção de textos legais com um mínimo de legitimidade. Para suprir tal lapso de velocidades, o legislador deixa de lado a precisão e opta por normas mais fluidas e carentes de valoração interpretativa, que trazem ao centro da produção legislativa – mais uma vez – os tipos abertos, indeterminados, ou as normas em branco, e realçam todos os problemas sistemáticos desta técnica legislativa.

A dificuldade para retratar no texto legal a complexidade e a dinâmica das relações sociais intensifica o uso de tais técnicas, em um processo de lacunização consciente da norma penal, com a intenção de ampliar o espaço complementar ou interpretativo dos elementos típicos e garantir a atualidade da regra pela adaptação de seu conteúdo. Este fenômeno não é restrito ao direito penal, como aponta BARROSO ao tratar do desenvolvimento das normas

constitucionais¹³, e a expansão de seu uso, em todos os ramos do direito, revela que o legislador, de forma consciente, delega parte do poder de legislar, de estabelecer condutas vedadas, para a administração pública (normas penais em branco) e para o próprio Judiciário (tipos penais abertos).

Procede, assim, a um chamamento dos demais Poderes para o compartilhamento da gestão de riscos, e determina sua participação na caracterização dos riscos não permitidos, na materialização do injusto e no desenho dos parâmetros do inaceitável, com as consequências analisadas mais adiante.

Mas, para além deste processo de abstração/indeterminação do texto legal – diante da já mencionada dificuldade de definição dos parâmetros do risco permitido –, outro aspecto importante da produção legislativa penal atual é o seu sentido político.

O incremento da sensação de risco por parte da população – que decorre menos da quantidade de risco real e mais das características já referidas dos riscos contemporâneos – e a consolidação dos discursos pela restrição de atividades relacionadas com este risco impactam a produção legislativa e acarretam a expansão de mecanismos para seu controle. Na seara penal, percebe-se uma ampliação dos campos de interesse de atuação legislativa, um crescimento do âmbito de incidência normativo.

A análise das transformações legislativas após a promulgação da Constituição de 1988 revela uma expansão do direito penal, seja pela criação de novos tipos penais (Lei do preconceito racial – Lei

n. 7.716/89, Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90, Crimes contra a ordem tributária – Lei n. 8.137/90, econômica – Lei n. 8.176/91, Lei do crime organizado – Lei n. 9.034/95, Lei de crimes ambientais – Lei n. 9.605/98 e de lavagem de dinheiro – Lei n. 9.613/98, alterações no Código Brasileiro de Trânsito – Lei n. 11.705/08 – Lei n. 11.923/09, regulamenta a punição do sequestro relâmpago), seja pela ampliação das medidas processuais constritivas (Regulamentação da prisão temporária – Lei n. 7.960/89), ou pela intensificação das penas e do modo de sua execução (Lei dos Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/90, dentre outras).

Porém, mais uma vez se faz presente o paradoxo do risco. Ao lado da demanda pela ampliação dos campos de regulação, surge a resistência à expansão do direito penal, especialmente quando este incide sobre comportamentos usualmente praticados por representantes da camada economicamente ativa da sociedade. A ampliação da incidência penal, que tem o sentido de satisfazer os discursos por segurança pública, não afeta de forma igualitária todos os setores sociais. Ainda que se propale o caráter democrático da expansão penal, e se aponte como exemplo disso a criação de tipos penais voltados à criminalidade das classes mais abastadas (crimes econômicos, fiscais e ambientais), é importante notar que esse fenômeno é apenas aparente, ou pelo menos não ocorre na intensidade com a qual é propagado pelo próprio Poder Legislativo.

A produção destes novos tipos penais vem acompanhada da criação de discretos mecanismos de escape que afastam ou

dificultam sua aplicação concreta, como as causas de exclusão de punibilidade inseridas em planos de recuperação fiscal, que afastam a persecução penal diante do pagamento ou parcelamento de débitos – que não se estendem aos crimes tradicionais, como furto e estelionato, cujos agentes em geral provêm de outra camada social.

Assim, ainda que o sentido da produção legislativa seja expansivo, esta direção não afeta da mesma forma todos os comportamentos desvalorados. Há um corte seletivo, que intensifica a repressão sobre os chamados delitos nucleares, e ameniza, por vias mediatas, a incidência da norma sobre crimes cujos autores, em regra, provêm das classes economicamente dominantes.

Como afirma GRACIA MARTIN, a criminalidade das classes poderosas tem conseguido escapar do direito penal graças ao domínio absoluto que têm exercido sobre o princípio de legalidade, desde sua invenção como instrumento formal que inclui, mas que, ao mesmo tempo e sobretudo (o que é muito mais importante), exclui comportamentos criminais no sentido material do discurso da criminalidade¹⁴.

Em síntese, o paradoxo do risco afeta diretamente a produção da legislação penal. A necessidade de conter simbolicamente a insegurança perante novos e inusitados riscos determina a expansão do direito penal, caracterizada pela utilização crescente da técnica de indeterminação da descrição do comportamento delituoso – normas em branco ou tipos

indeterminados –, sempre pautada pela cautela em evitar que este rigor afete os responsáveis pela organização da produção econômica e os elementos necessários para o funcionamento do modelo de risco. O resultado dessa legislação imprecisa e seletiva será a transferência para outras esferas de regulação – administração pública ou Judiciário – da tarefa de preencher de sentido os textos legais, de determinar com maior exatidão a fronteira do permitido e proibido, o que, em última instância, acarretará na politização destas instituições.

4 RISCO E A POLITIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO

O papel do Poder Judiciário no modelo de organização política ocidental sofreu seguidas e importantes alterações com o passar do tempo. Se no passado o juiz cumpria uma função estritamente burocrática, de mero aplicador da lei, imposta pela desconfiança iluminista, pelo prestígio do positivismo jurídico e pelo dogma do Parlamento, em busca de uma utópica estabilidade que exigia o estrito cumprimento do teor literal da lei e a vedação à interpretação, o tempo encarregou-se de impor novas atribuições a este personagem institucional¹⁵.

Com a progressiva consolidação da força normativa dos textos constitucionais, com o desenvolvimento dos instrumentos de controle abstrato de normas, principalmente nos casos de omissão legislativa, e com a consagração do sistema dos precedentes jurisprudenciais, especialmente após a 2ª Grande Guerra, percebe-se um salto qualitativo no papel do magistrado, em particular das Supremas Cortes.

O Poder Judiciário deixa de ser apenas um organismo destinado à solução de litígios individuais e passa a determinar, com caráter abstrato e vinculante, orientações e interpretações sobre o texto legal, em atividade tipicamente normativa. O Judiciário incorpora instrumentos e mecanismos que o transformam em um sistema complexo, capaz de formular políticas públicas, expedir atos normativos, enfim, de regular setores e relações sociais, à altura e muitas vezes em conflito de atribuições com os demais Poderes da República.

No Brasil, este fenômeno revela-se por vários aspectos. Em primeiro lugar, pela progressiva expansão dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade e de outros instrumentos capazes de conferir transcendência às decisões judiciais, especialmente àquelas proferidas pelo STF¹⁶.

Se na época da Proclamação da República o papel do STF se resumia ao controle difuso de constitucionalidade das leis, em caráter restrito e com efeitos limitados às partes em litígio (*inter pars*), com o passar do tempo as decisões com caráter geral e vinculante tornaram-se quase que a regra. Já em 1934 o Tribunal Supremo ganhou a função de declarar a inconstitucionalidade genérica – com efeitos *erga omnes* – de normas estaduais mediante a representação interventiva do Procurador Geral da República¹⁷.

Após a 2ª Grande Guerra, o reconhecimento da força normativa das Constituições e a necessidade de estabelecer parâmetros seguros para evitar o arbítrio e o excesso – não

encontrados no princípio da legalidade como bem demonstrou a experiência alemã do nacional socialismo – fez despontar o Judiciário como o órgão garantidor dos princípios fundamentais do Estado de Direito. E, para fazer valer tal função, consolidaram-se os mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade, pelos quais as Cortes Constitucionais poderiam anular leis produzidas pelo parlamento quando incompatíveis com os preceitos constitucionais.

A consagração deste novo papel do Judiciário no Brasil ocorre com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional 16/65, consolidada pela Constituição de 1988 ao lado de outros e novos instrumentos de controle concentrado de normas como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Constitucionalidade – esta última incorporada pela Emenda Constitucional 03/93.

Ao lado do poder de controlar a constitucionalidade abstrata das normas, com capacidade de anular normas e atos normativos inadequados ao texto constitucional, outros mecanismos foram desenvolvidos nos últimos anos que revelam a progressiva transformação do Judiciário, de órgão originalmente dedicado à solução de litígios individuais, em instituição criadora de parâmetros normativos gerais e de políticas públicas – em polêmico avanço sobre atribuições de outros Poderes republicanos.

A explosão de demandas judiciais nos anos 80 e a dificuldade para solucionar todos os casos apresentados acabou por justificar a

transformação do Judiciário. A impossibilidade de discutir cada litígio individual reforçou o discurso pela criação de mecanismos de otimização da prestação jurisdicional, de racionalização das atividades, através da uniformização eficiente da jurisprudência. Surgem a súmula vinculante, a repercussão geral dos recursos extraordinários e outros institutos que reforçam o caráter geral e transcendente das decisões do STF e de outros tribunais.

Se antes a concessão de efeitos gerais às decisões da Suprema Corte em recursos extraordinários – decisões com efeitos restritos entre as partes litigantes – dependia do reconhecimento de sua transcendência pelo Senado Federal, ou seja, exigia a manifestação e a participação do Poder Legislativo (CF, art. 52, X), agora tal requisito não se faz necessário em inúmeras situações.

A súmula vinculante – instrumento pelo qual o Supremo Tribunal Federal pode conferir às suas orientações jurisprudenciais efeito vinculante, ou seja, determinar que todos os demais magistrados e a própria Administração Pública tenham que segui-las (CF, art. 103-A e Lei n. 11.417/06) – e a norma de repercussão geral dos recursos extraordinários – pela qual o Supremo Tribunal pode deixar de apreciar recursos pela falta de interesse transcendente nos mesmos (CF, art. 102, § 3º e Lei n. 11.418/06) – são exemplos desse movimento pela massificação dos efeitos das decisões da Suprema Corte, mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Por outro lado, a própria jurisprudência do STF – com respaldo doutrinário – acaba por conferir efeitos transcendentais em

inúmeros recursos extraordinários sem o uso da súmula vinculante. A teoria da transcendência das decisões do STF aponta que as razões das decisões da Corte, os fundamentos de determinado acórdão que não fazem parte das disposições finais, mas da própria exposição de motivos (*ratio decidendi*), podem extrapolar os limites do processo em que são desenvolvidas e vincular decisões em casos similares – sem recurso ao expediente da súmula vinculante¹⁸.

Fundam-se na mesma ideia alguns dispositivos legais que ampliam os efeitos das decisões da Suprema Corte e de outros tribunais para outros casos similares, como, por exemplo, o art. 518, § 1º do Código de Processo Civil, que permite ao magistrado não receber recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmulas do STJ ou do STF.

Também a nova concepção do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão coroam esta nova dimensão de atuação judicial. Trata-se de instrumentos que permitem acionar o Poder Judiciário nas situações em que a Constituição Federal preveja um direito cujo reconhecimento concreto demande regulamentação legal ou normativa, e o órgão responsável por esta – em geral, o Poder Legislativo – omite-se na elaboração dos atos necessários à efetivação da norma constitucional.

Nesses casos, a decisão do Supremo ao reconhecer a omissão do Poder Legislativo ostentava caráter meramente declaratório. A Corte limitava-se a comunicar ao órgão legiferante a

situação omissiva, mas evitava substituir-lhe e suprir a omissão em respeito à separação de Poderes. Com o passar do tempo, este entendimento foi mitigado, e em inúmeras situações a Suprema Corte tem não só reconhecido a omissão do Poder Legislativo, como determinado prazo para seu suprimento Ação¹⁹ ou mesmo apresentado regulamentação extraordinária, em atípica atividade de criação normativa – vigente até que o Poder Legislativo supra a omissão reconhecida²⁰.

Percebe-se, pelo exposto, uma reconfiguração do Poder Judiciário, no que concerne às suas atribuições e funções. O desenvolvimento dos mecanismos apontados conferiu às instituições judiciais, em especial à Suprema Corte, um papel ativo na formulação de políticas públicas. A partir do momento em que tais órgãos têm a possibilidade de produzir atos normativos, com força geral e vinculante, ou seja, passam a deter o poder de regulamentar determinados setores de atividades – pela imposição de determinada interpretação do texto legal –, deixam o papel de simples aplicadores de normas de comportamento criadas pelo Legislativo e passam a compartilhar a atribuição – e o ônus – de gerentes de políticas públicas gerais.

Ao formular políticas públicas, o Judiciário torna-se alvo de críticas inusitadas. A crítica técnico-jurídica, restrita àqueles que manejam o discurso jurídico, à qual o juiz está habituado, é substituída pela crítica política, mais ampla, mais acessível a setores estranhos ao mundo jurídico, que caracteriza uma “*sociedade aberta de intérpretes constitucionais*”²¹. A imprensa e a

sociedade civil passam a avaliar, comentar e debater o teor das decisões judiciais, em termos leigos e profanos, estranhos e inéditos àqueles acostumados com o debate restrito do discurso jurídico. Não raro as críticas são proferidas em manifestações coletivas, organizadas por setores da sociedade civil, que deixam o Legislativo ou o Executivo e postam-se diante dos Tribunais com gritos de ordem e cartazes com pleitos ou comentários sobre processos findos ou em andamento. Profaniza-se democraticamente o debate jurídico, e judicializa-se o debate político. Tal fenômeno adquire tal intensidade que alguns magistrados deixam a toga para submeter-se ao pleito eleitoral e fazer valer suas posições políticas no foro parlamentar.

Surge um novo personagem político, um novo ator na determinação de políticas públicas: o juiz. Na seara criminal, este fenômeno tem grande impacto, pois o Judiciário deixa de ser o mero aplicador da norma penal e passa a representar um agente de formulação de política criminal.

Em primeiro lugar a já mencionada técnica do legislador de formulação de normas em branco ou indeterminadas acaba por delegar ao Judiciário a tarefa de complementar o tipo penal, determinar o sentido da norma e dar contornos ao comportamento desvalorado. Quanto mais indeterminada a norma, e mais genéricas as expressões utilizadas, mais espaço haverá para o magistrado definir as características da conduta permitida ou proibida, o que, em última análise, significa a formulação de uma política criminal.

Esta capacidade de preenchimento do conteúdo das normas, somada à capacidade de determinados órgãos judiciais – em especial do STF – de conferir caráter geral e vinculante às suas decisões tem como resultado uma instituição que determina as características do comportamento proibido, os contornos do risco admitido ou não admitido na seara penal, com efeitos *erga omnes*.

Nesse sentido, e sob a ótica penal, o Judiciário não é mais o órgão de concretização da política criminal do legislador, mas se torna produtor de diretrizes políticas próprias. A decisão judicial não é mais apenas a aplicação técnica da lei diante de princípios e marcos doutrinários gerais, mas a definição e a escolha de estratégias de controle social pelo instrumento penal. Em outras palavras, a interpretação torna-se a construção de uma política, que revela o caráter ideológico das decisões judiciais, que sempre permaneceu oculto sob o verniz da técnica, da neutralidade, ou minimizado pelos limitados efeitos *inter pars* de suas decisões.

O fenômeno da politização do Poder Judiciário, portanto, não decorre de uma orientação voluntária de seus membros, de uma formação ativista ou de um protagonismo de personagens isolados. Provém, em verdade, de uma organização estrutural da sociedade de riscos, de um processo de remodelamento político e redefinição das funções institucionais dos órgãos públicos, e de todos os paradoxos que este novo paradigma produz.

Ao ser caracterizado como gestor de riscos por uma estratégia consciente do legislador – que delega poder de formulação política pelo já mencionado uso de normas imprecisas

–, o magistrado se transforma em agente político revelado. Ao definir os contornos concretos do comportamento ilícito – conferir repercussão geral a esta definição –, o Judiciário torna-se gestor da política criminal.

Ocorre aqui mais um paradoxo. A política criminal fixada pelo Judiciário nem sempre coincide com aquela formulada ou imaginada pelo legislador ou pela própria sociedade.

Em primeiro lugar porque não se pode falar em uma política criminal do Judiciário, mas de várias, diante da heterogeneidade de órgãos que compõem o sistema e da relativa autonomia de cada um no que concerne à aplicação e à interpretação das normas penais. O Judiciário brasileiro é composto de distintas unidades autônomas, e cada uma delas preenche da maneira que entende mais adequada os espaços interpretativos deixados pelo legislador. Ainda que haja um esforço de unificação pelas cortes superiores responsáveis pela uniformização de jurisprudência, é natural a profusão de orientações distintas, contraditórias e sobrepostas, que incrementa o sentimento da ausência de critérios sobre os limites do risco permitido, sobre o caráter lícito ou ilícito de determinadas condutas.

Mas, se tomarmos como referência da política criminal judicial as decisões do STF, torna-se patente a divergência de perspectivas sobre o papel e a abrangência do direito penal em relação ao Legislativo.

A análise geral dos julgamentos mais recentes do STF demonstra que o papel destinado à norma penal é mais restrito do

que aquele consignado pelo Poder Legislativo. Ainda que seja difícil traçar com precisão uma linha ou sentido generalizante, percebe-se um teor mais liberal nas decisões do STF em matéria penal, no sentido de restringir a incidência do controle penal. Ao contrário da tendência parlamentar, de responder às demandas pelo controle de riscos pela aparente expansão das normas penais, o STF demonstrou muitas vezes sua contrariedade com tal política expansionista.

Não é objeto do presente estudo a reflexão sobre as razões de tal fenômeno, que pode decorrer do fato de que esses magistrados são menos sensíveis – não imunes, mas menos sensíveis – ao discurso simbólico da criminalização por não se submeterem ao crivo de eleições populares sempre marcadas pelos temas penais, ou mais conscientes da inutilidade prática do direito penal, diante de dados desoladores sobre a prevenção geral e especial.

O que realmente importa, aqui, é reconhecer esta tendência, revelada nas decisões de abrandamento da Lei dos Crimes Hediondos (HC 82.959, de 2006), de exigir a constituição definitiva do crédito tributário por processo administrativo para persecução penal em crimes fiscais, de refutar a execução provisória da pena (HC 84.078, de 2009), bem como a aceitação cada vez mais contundente da aplicação do princípio da insignificância penal. Vale mencionar que recente estudo estatístico realizado pelo STF mostra que, de 355 pedidos de *habeas corpus* distribuídos na Corte em 2008, 314 foram concedidos²², revelando a clara tendência de

interpretar os textos legais de forma menos rigorosa que as outras instâncias judiciais.

Mas ainda aqui há mais um paradoxo. A tendência liberalizante da política criminal revelada pelas decisões do STF não fica livre do mesmo corte seletivo que marca a produção legislativa nesta seara. O legislador – como já apontado – aparentemente expande o rigor e a abrangência das normas penais, mas estabelece mecanismos sutis para evitar sua incidência sobre determinadas condutas ilícitas praticadas por determinados setores sociais. Já o Judiciário desenvolve institutos para frear a expansão exagerada do direito penal, mas muitas vezes tais institutos limitam-se aos crimes praticados – em regra – por agentes que pertencem a determinadas classes sociais²³.

Tome-se como exemplo a determinação de critérios para a fixação do princípio da insignificância. Quando se trata de crimes fiscais, o parâmetro utilizado é o valor de dez mil reais, fixado em lei como o limite a partir do qual o Poder Público toma medidas de execução fiscal na área administrativa. Já quando se trata de crimes como furto ou estelionato – em geral praticados por agentes de camadas menos favorecidas economicamente –, os limites são muito mais restritos.

Em síntese, a análise da política criminal formulada pelo STF demonstra uma tendência a consagrar maior espaço de liberdade – e menor incidência do direito penal – do que aquela desenvolvida pelo legislador, mas sobre ela também pesa a propensão à

seletividade quando do desenvolvimento de institutos que restringem a abrangência do controle penal.

Por outro lado, não se pode deixar de citar outro aspecto da política criminal judicial percebida na sociedade de riscos que se desenvolve não mais no STF, mas na base do sistema, formulada por parte dos magistrados de primeiro grau: a cautelarização do processo e a antecipação dos atos processuais penais.

A caracterização do Judiciário como agente de política criminal faz com que as expectativas sociais de promoção e efetivação da segurança pública se voltem para a atuação jurisdicional. Ao receber a incumbência política de formular e implementar a política criminal mais adequada, o Judiciário também recebe – devida ou indevidamente – a expectativa de enfrentamento dos problemas de criminalidade com decisões judiciais.

Ocorre que tais expectativas não podem ser correspondidas pela evidente inviabilidade de solucionar o complexo problema de segurança pública com decisões pontuais em casos concretos. Ademais, mesmo que tais decisões pontuais tivessem a capacidade de contribuir com a sensação de segurança na comunidade, não poderiam cumprir com seu papel diante da incapacidade estrutural do Poder Judiciário de tomar decisões definitivas em tempo razoável. A morosidade na tramitação dos processos, que decorre de inúmeras razões, joga por terra mesmo esta pontual e isolada tentativa de satisfação das demandas por segurança e justiça diante da prática de delitos. E, evidentemente, esta incapacidade

de solucionar as questões criminais postas pelo magistrado acarreta na cobrança política por maior efetividade no processo.

É deste sentimento de impotência diante de expectativas frustradas que surge – consciente ou inconscientemente – a estratégia de alguns magistrados de antecipar os efeitos das decisões judiciais definitivas pela aplicação de medidas cautelares. Na ânsia de responder às demandas por efeitos concretos da prestação jurisdicional, e diante da incapacidade de torná-la efetiva em curto espaço de tempo, passam alguns magistrados a usar de expedientes tipicamente processuais para satisfazer a tais expectativas, como prisões temporárias, preventivas e medidas de execução provisória. Trata-se de uma tentativa de legitimação institucional e social através de expedientes normativos com finalidade diversa, que acaba por afetar os princípios e garantias consagrados e protegidos pela própria cúpula do Poder.

Pode-se afirmar que este processo de cautelarização do processo penal é outra característica da política criminal judicial e que, embora compreensível, é injustificável do ponto de vista constitucional, diante das garantias do devido processo legal e, principalmente, da presunção de inocência.

Diante do exposto, pode-se perceber que o fenômeno da politização do exercício da jurisdição acirra e intensifica o paradoxo do risco e do desenvolvimento da política criminal. As estratégias de enfrentamento do fenômeno do crime pelo Judiciário são díspares entre si, com traços de liberalidade seletiva no STF e contornos mais rigorosos na base, que inclusive se utiliza de

instrumentos processuais para fazer aplicar o direito penal da forma apontada.

5 RISCO E DOGMÁTICA PENAL

Por fim, este mesmo paradoxo afetará a dogmática penal. Os modelos sistêmicos de interpretação e aplicação da norma jurídica e de formulação de princípios gerais são construídos ou propostos por juristas também submetidos à disputa discursiva pelo risco. Os institutos e conceitos, portanto, restarão afetados pelo debate político pelo risco, assim como ocorre com a produção legislativa e com a jurisprudência, o que resultará na indefinição dos elementos normativos de referência conceitual.

Os institutos dogmáticos fundam sua validade na relação ou utilidade que têm para assegurar o funcionamento de determinado sistema social – real ou simbolicamente – pela organização da aplicação das normas por princípios comuns. Seu papel é garantir relativa estabilidade sistêmica mesmo diante de constantes alterações legislativas, através do desenvolvimento de elementos válidos de interpretação e condução da aplicação dos textos legais.

Ora, a rápida transformação nas relações sociais, a dissolução dos parâmetros do comportamento adequado dentro da instabilidade do risco, afetará o fundamento de validade dos institutos dogmáticos. Revela-se, com intensidade, a dificuldade de fixar conteúdos abrangentes de materialidade dos instrumentos dogmáticos.

Ao criar ou desenvolver instrumentos dogmáticos, o jurista deve, antes de tudo, esclarecer sua posição sobre o papel do direito penal, seus fundamentos e sua finalidade. Ora, esta tarefa – diante da discussão sobre os parâmetros de risco permitido e intolerado – exige uma decisão política do intérprete sobre o paradoxo do risco, exige a tomada de postura não apenas técnica, mas também ideológica, que permeará toda a construção sistêmica por ele desenvolvida.

É evidente que as construções dogmáticas sempre estiveram atreladas a ideologias específicas, mas agora o elemento político que sustenta o preenchimento normativo dos conceitos é descortinado, deixa as entrelinhas, perde a roupagem aparentemente técnica e surge como referência necessária a materializar e preencher os elementos de referência normativa. A determinação do nexos de imputação, a materialização do dever de cuidado nos crimes culposos, a caracterização do garante na omissão imprópria, os limites entre atos preparatórios e execução e a solução aos problemas de concursos de agentes exigem uma definição prévia do intérprete sobre qual o papel do direito penal diante da sociedade de riscos, qual sua legitimidade, e quais atividades merecem sua atenção.

Tome-se como exemplo o desenvolvimento dogmático dos critérios de imputação no direito penal. Toda a discussão a respeito dos critérios para relacionar juridicamente um resultado lesivo a um comportamento revela a complexificação das relações sociais e a dificuldade para definir aquilo que se toma por intolerável. O surgimento de novos problemas concretos de imputação exigiu da

dogmática a superação do critério causal e o desenvolvimento de novos institutos que jogassem nova luz à complexa relação entre conduta e resultado na sociedade de riscos.

E, não por acaso, surge a teoria da imputação objetiva²⁴, que propõe substituir os antigos critérios de causalidade por um elemento normativo intimamente ligado à nova organização social: o risco. O fator determinante da imputação não é mais sua relação naturalística com o resultado, mas a caracterização da conduta como arriscada, como criadora de um risco para a produção de resultados. Não importa mais a causação do resultado – no sentido físico, material –, mas a demonstração da potência daquele comportamento em afetar bens jurídicos relevantes. É a entrada efetiva do risco – com toda sua força – no núcleo do sistema penal, no centro da dogmática.

E será dentro da teoria da imputação objetiva que restará evidenciado o paradoxo. Se a característica central do comportamento penalmente relevante é o risco de resultado, a definição de qual o risco permitido e proibido se torna nuclear. A determinação da fronteira do risco tolerado será, em última análise, a determinação do que é materialmente típico, do que interessa à norma penal.

O papel do risco na dogmática não se resume à elaboração de critérios de imputação, mas também interfere na construção de outros institutos. O conceito de autoria fundado no domínio do fato aponta como responsável pelo fato aquele que contribui – com poder de interrupção – para o risco ao bem jurídico. A

determinação do início da execução do crime, a construção do dever de garante, a própria caracterização da imprudência levam consigo a necessidade de apontar o risco da conduta tida como desvalorada.

Ocorre que, como já mencionado, justamente esta definição do que é "*risco penalmente desvalorado*" carece de concretude na sociedade contemporânea. É justamente sobre o conceito do risco permitido/proibido que se acirra a disputa política. A ausência de parâmetros para fixação do risco admitido, o embate discursivo nesta área, acaba por afetar profundamente a dogmática penal que, como visto, carrega em seu seio o risco, como elemento de definição do injusto penal. Da mesma forma que a lacuna nos textos normativos acaba por politizar a produção jurisprudencial, a indefinição do risco permitido politizará a construção dogmática.

A politização da dogmática levará ao paradoxo dos discursos jurídicos. A disputa pelo risco interiorizada nos conceitos e institutos acarreta a formulação das mais variadas propostas para caracterizar os mais variados elementos sistêmicos. O estudo do sistema torna-se mais difícil e complexo, pois cada conceito é preenchido pelos mais diversos conteúdos, e a imprecisão mitiga de tal forma a estrutura dogmática que alguns chegam a questionar sua utilidade²⁵. O conteúdo material dos elementos do delito deixa a aparente segurança metafísica ou ontológica – referenciais estáveis do causalismo e do finalismo – e revela todo seu caráter político e funcional, bem como escancara toda a instabilidade normativa que sempre permeou os debates mas jamais se descortinara com tal despudor.

Esta incerteza sistêmica acaba por intensificar, em círculo, a paradoxal produção legislativa e jurisprudencial. A incapacidade da dogmática para formular conceitos claros e diretrizes precisas afasta o legislador e o magistrado de seus referenciais, e acarreta no descompasso existente entre o discurso penal acadêmico a prática legislativa e a aplicação da lei pelo magistrado. Sem parâmetros teóricos seguros – ou pretensamente estáveis –, o legislador designa o magistrado para solucionar os problemas da norma, e este, por sua vez, também na ausência de orientação dogmática, decide topicamente os litígios, ampliando as contradições mencionadas.

6 CONCLUSÃO

O deslocamento do risco – ou da sensação de risco – para o centro do debate político, e a inexistência de um discurso social unificado sobre a forma de gestão deste risco afeta profundamente os sistemas de controle de expectativas e de regulação das atividades arriscadas. No plano legislativo, acarreta na expansão do direito penal – de forma seletiva – com o uso de normas indeterminadas, carentes de conteúdo material, com o escopo de evitar uma definição precisa dos limites do risco permitido.

A omissão legislativa – consciente – de fixar as fronteiras do risco tolerado leva à politização da jurisdição, pois caberá ao magistrado, em última instância, a determinação do conteúdo das normas penais, dos contornos do comportamento ilícito. Esta politização, somada aos instrumentos jurídicos que conferem caráter cada vez mais geral, abstrato e vinculante às decisões

judiciais, transforma o Judiciário em verdadeiro protagonista na formulação de políticas criminais, que nem sempre seguem o mesmo caminho traçado pelo legislativo – o que intensifica o paradoxo sobre as diretrizes institucionais para o enfrentamento do fenômeno criminoso.

Por outro lado, a fluidez das relações sociais e a indefinição dos critérios de valoração de comportamentos acaba por afetar a própria construção dogmática. O desabrochar do risco como elemento central do sistema dogmático, como fator nuclear da construção dos institutos penais, acaba por ancorar todo o edifício jurídico em um conceito demasiado vago, cuja definição carece de contornos claros e sobre a qual existe um intenso embate político.

Mas, por mais que este seja um contexto de instabilidade e incerteza, parece que oferece a oportunidade para a reflexão sobre as premissas sobre as quais se sustenta o sistema dogmático-penal. O reconhecimento da falibilidade dos conceitos metafísicos ou ontológicos exigirá o desenvolvimento de novos conceitos normativos, suficientemente abertos para suportar a dinâmica evolução de valores e discursos sociais, mas também cautelosamente seletivo para evitar que o sistema penal se transforme em um arcabouço vazio de conteúdo, que possa ser utilizado sem maiores esforços de justificação para satisfazer quaisquer demandas momentâneas de uma coletividade ansiosa por símbolos que aplaquem transitoriamente o paradoxo que envolve seu cotidiano.

BIBLIOGRAFIA

- AGUADO, Paz M. De la Cuesta. *Tipicidad e imputación objetiva*. Valencia: Tirant, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 312.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Bauru: Edipro, 2003. p. 24.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Delitos sem bens jurídicos? *Boletim Ibccrim*, v. 15, fasc. 181, dez. 2007. p. 4.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.
- _____. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato, princípio da precaução e sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.
- BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- CABEZAS CHAMORRO, Sebastian. *Derecho penal de riesgos. Manutenção de principios del derecho penal clásico o liberal vs. solución de conflictos en las modernas sociedades*. Disponível em: <<http://www.carlosplasma.com.ar/sebastianchamo.htm>>.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Bilbao-Granada: Comares, 2004.
- DE GIORGI, Raffaele. *O risco na sociedade contemporânea*. Revista do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, n. 28, jun. 1994.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT, São Paulo, n. 33, 2001.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: Ibccrim, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico, fundamentos de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Trad. Enrique Gimbernat. Madrid: Marcial Pons, 2007.

MARTIN, Luis Gracia. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistência*. Valencia: Tirant lo blanc, 2003. p. 164.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1083 e ss.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte general*. Madrid: Civitas, 2006. t. I.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SERRANO, José Luis. A diferença risco/perigo. In *Direito, sociedade e riscos*. Marcelo Dias Varella (org.). Brasília: UniCeub, 2006. p. 61.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40 e ss.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*. São Paulo: RT, 2003. p. 87.

VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Direito, sociedade e riscos*. Brasília: UniCeub, 2006.

Dolo eventual e crime de trânsito

1 Introdução

2 Teorias do consentimento e da probabilidade

3 Posicionamento de Roxin

4 Considerações finais

André Luís Callegari

Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Coordenador Executivo da Faculdade de Direito da Unisinos. Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado da Unisinos. Doutor honoris causa pela Universidad de Tlaxcala – México. Professor convidado na Cátedra Latino-Americana de Derecho Penal da Universidad Externado de Colombia. Advogado Criminalista.

1 INTRODUÇÃO

Em face da violência e das mortes ocorridas no trânsito, alguns julgados inclinaram-se pelo reconhecimento do dolo eventual na conduta dos motoristas. Os critérios fundamentais que são utilizados para justificar a modalidade dolosa são os seguintes: embriaguez do motorista; número de vítimas; excesso de velocidade ou racha; violência das lesões decorrentes do acidente. Somados, esses fatores levam o representante do Ministério Público a que ofereça a denúncia contra o agente por homicídio doloso (dolo eventual). Por sua vez, alguns Tribunais reconhecem o dolo eventual.

O presente trabalho não visa à defesa dos agentes causadores de acidentes de trânsito, tampouco quer que seja declarada a impunidade dos mesmos. O que pretendemos é que não se distorçam os conceitos elementares da teoria do delito e que o enquadramento obedeça a critérios de racionalidade e não de passionalidade.

É que a conduta e a violência de certos acidentes de trânsito têm reclamado uma resposta da justiça perante a sociedade, ou seja, uma punição mais severa a este tipo de criminalidade. Então, passaríamos a aceitar, em face do clamor social, que o agente embriagado e responsável pela morte ou lesões consideráveis de um número de vítimas respondesse a título de dolo eventual.

Em primeiro plano, parece que estaríamos aceitando até mesmo uma responsabilidade objetiva, tudo pela repercussão social que causou o delito cometido pelo agente. Em segundo lugar, demonstra-se, claramente, o desconhecimento de elementos fundamentais da Teoria Geral do Crime pelos operadores do direito ou uma inserção na área legislativa, querendo criar um tipo próprio para acidentes de trânsito mais graves, quando de fato ele já existe previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Se a sociedade clama por uma maior responsabilização dos agentes causadores de mortes ou lesões no trânsito, deve-se mudar a própria lei penal, através do legislativo, que modificaria as sanções e o tratamento dos delitos de trânsito e não através do judiciário, que, como pretendemos demonstrar no presente trabalho, vem adotando posturas que não se coadunam com a

melhor doutrina orientadora dos princípios elementares da teoria do delito.

O principal problema a ser desenvolvido é o estudo do dolo eventual e da culpa consciente, princípios norteadores do presente trabalho e, salvo melhor juízo, representam as soluções no direito penal vigente para os delitos de trânsito. Feita a distinção com clareza, o que cada instituto representa, o enquadramento legal ficaria resolvido sem maiores dificuldades, restando o problema da pena. Porém, esse tópico o juiz pode resolver dentro de nosso sistema legal, ou seja, nosso direito penal é o da culpabilidade, então, quanto maior a reprovabilidade do agente, maior a sua sanção penal, desde que no enquadramento correto, ou seja, pena máxima do delito culposos caso os autos não demonstrem o elemento subjetivo caracterizador do dolo, no caso, o dolo eventual.

Como o trabalho tem por objeto uma distinção entre dolo eventual e culpa consciente, deixaremos o estudo do dolo direto afastado, visto que no presente caso não nos representa interesse.

Inicialmente cabe mencionar que há previsão legal específica para os delitos de trânsito como regra, portanto, excepcionalmente o dolo eventual poderia ser admitido. Assim, conforme leciona Paulo Lúcio Nogueira¹, podemos classificar os acidentes de trânsito da seguinte maneira: naturais, imprevisíveis ou fortuitos, por culpa exclusiva da vítima, dolosos e culposos.

No Código de Trânsito brasileiro, segundo as dicções dos arts. 302 e 303, a regra do homicídio ou da lesão corporal ocorridos no trânsito é a modalidade culposa que prevalece, *in verbis*:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas – detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Como se denota, o Código de Trânsito brasileiro criou delitos de homicídio culposo e lesão corporal culposa, específicos para determinadas situações de tráfego, em contraposição ao homicídio culposo e à lesão corporal culposa comuns, previstos de forma mais ampla e genérica no Código Penal.

Nesse contexto, nos acidentes de trânsito que configuram crimes de homicídio ou lesão corporal, o sujeito ativo incide em culpa, seja do tipo comum, inconsciente, ou mesmo na modalidade consciente. Age sem observar o dever de cuidado, ao qual está obrigado, e sua conduta termina redundando em resultado lesivo a outrem, o qual, se não foi previsto, era previsível, e apresenta-se penalmente relevante ao ordenamento jurídico.

Segundo lembra Vicente Greco Filho², “o reconhecimento do dolo, seja direto ou eventual, é exceção nesta modalidade de delito, e deverá ser feito livre de qualquer pressão externa e detalhadamente fundamentado, para permitir uma possível revisão

em 2º grau. Ora, a fundamentação das decisões judiciais é exigência constitucional, e a excepcionalidade do dolo eventual nos crimes de trânsito não significa a certeza de sua inocorrência”.

Com efeito, a categoria do dolo direto não pode abarcar todos os casos nos quais o resultado produzido, por razões de política criminal, deva ser imputado a título de dolo, ainda que o querer do sujeito não esteja referido diretamente a esse resultado. Fala-se aqui de dolo eventual. No dolo eventual o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas “conta com ele”, “admite sua produção”, “assume o risco” etc. Com todas essas expressões pretende-se descrever um complexo processo psicológico no qual se mesclam elementos intelectivos e volitivos, conscientes ou inconscientes, de difícil redução a um conceito unitário de dolo ou culpa. O dolo eventual constitui, portanto, a fronteira entre o dolo e a negligência ou culpa e, dado o diverso tratamento jurídico de uma ou outra categoria, é necessário distingui-las com maior clareza³.

2 TEORIAS DO CONSENTIMENTO E DA PROBABILIDADE

Para a distinção entre dolo eventual e negligência foram formuladas várias teorias, entretanto, ficaremos com duas que reputamos as mais importantes: a *teoria da probabilidade* e a *teoria da vontade ou do consentimento*.

O ponto de partida da teoria da vontade é a ideia de que, se o dolo equivale a conhecer e querer a realização de uma conduta típica, esta definição deve ser válida inclusive nos casos limite. O problema que se coloca neste modo de ver as coisas é que, em determinados casos, não resulta em absoluto evidente que se possa afirmar que o sujeito tenha querido a realização da conduta típica e, entretanto, tais supostos parecem credores do castigo assinalado aos delitos dolosos e não do previsto para os culposos⁴.

Para resolver este problema, aos defensores da teoria da vontade não há outro remédio que não recorrer a ampliações do conceito "querer", admitindo que também quer o sujeito que, além de se representar como possível a relação do tipo, mantém uma especial relação emocional com o resultado ou demais circunstâncias do fato que devam se abarcar dolosamente. Para além da vontade em sentido estrito, o querer é ampliado a outro gênero de relações emocionais⁵.

De acordo com esta ideia e em função das diversas versões da teoria da vontade, para que exista dolo eventual se considera suficiente que o sujeito "tenha estado" de acordo com a realização do tipo, a tenha ratificado, tenha-se resignado a ela, tenha estado de acordo com ela, a tenha consentido, a tenha aprovado, dado por certa, contando com ela, incluindo em seus objetivos ou ambicionando eventualmente. De todas essas expressões, as que iam gozar de maior êxito seriam "aprovar" e "consentir", por este motivo estas perspectivas se agrupam com frequência sob o apelativo genérico da teoria da aprovação e, sobretudo, da teoria do consentimento. Desde sua ótica, nos casos em que um sujeito

tenha atuado na esperança ou com o desejo de que o tipo não se realizará, falta a relação emocional exigida para afirmar o dolo eventual e só pode afirmar-se uma relação delitiva imprudente⁶.

Aos defensores destas teorias aparece (ou surge) o problema de como apreciar em cada caso se concorrem ou não as peculiares relações emocionais exigidas. Paradoxalmente, a mais exitosa de todas as propostas formuladas para a resolução deste problema surgiria nos finais do século XIX por Reinhard Frank, um defensor da teoria da representação. O mesmo autor se encarrega de explicá-la, comparando duas situações: o caso do bandido, que para provar a potência de seu fuzil, dispara em pessoas situadas a uma grande distância, e o caso do indivíduo que fuma na cama pensando na possibilidade de provocar um incêndio. Que diferença existe entre ambos os casos?⁷

Ramon Ragués cita o que refere Frank: "Eu acredito, afirma Frank, que é evidente: o bandido teria disparado igualmente mesmo sabendo que causaria a morte. O fumante apagaria o cigarro se soubesse que cairia uma faísca na cama e a casa iria queimar. A previsão do resultado como possível só serve para o conceito de dolo quando a previsão do mesmo como certo não teria detido o autor, não teria tido o significado de um contra motivo decisivo (...) Isto é o que se denomina consentimento".

Esta forma de raciocínio denominada primeira fórmula de Frank tornou-se especialmente atrativa para numerosos seguidores da teoria da vontade, entre eles Robert von Hippel, que contribuiu de modo decisivo para sua divulgação. A tradução da fórmula para

a teoria do consentimento se baseia na seguinte definição: Deve afirmar-se que ocorre o consentimento necessário para o dolo eventual quando, tendo o autor previsto como possível a realização do tipo, pode afirmar-se que teria atuado da mesma forma se tivesse previsto como certo⁸.

As críticas recebidas pela sua primeira fórmula levaram Frank a variar parcialmente sua postura e nos trabalhos posteriores criou a denominada segunda fórmula de Frank: existe dolo quando o sujeito, tendo como possível a realização do tipo, diz a si mesmo: independentemente do que possa acontecer, em qualquer caso, eu atuo. Esta fórmula substitui ou acompanha a primeira nas diversas edições de sua obra, ainda que, se prestarmos atenção ao seu conteúdo, o elemento emocional do consentimento já não parece ter uma substancialidade própria, pois a nova fórmula só se baseia na ocorrência de dois elementos: primeiro, que o autor esteja ciente da possibilidade do resultado (independentemente do que possa acontecer) e, segundo, que acredita e leva até o final sua conduta (em qualquer caso eu atuo), isto é, ação acompanhada de representação⁹.

O êxito da segunda fórmula tem sido julgado com a perspectiva de um ciclo, muito maior que o da primeira. O fato de que já não obrigue o juiz a enfrentar-se com uma hipótese, mas sim com o autêntico conteúdo da representação com que tenha atuado o sujeito, libera esta nova fórmula da maior parte das críticas dirigidas contra sua predecessora. Não obstante, o

elemento emocional volitivo do dolo eventual aparece claramente descrito na segunda fórmula de Frank¹⁰.

A teoria do consentimento em suas diversas versões tem recebido crédito ao longo da história da moderna dogmática jurídico-penal, de um incontável número de críticas. Diante disso, na primeira fórmula de Frank há a contestação de que não se fundamente a existência de dolo em um feito real, mas sim em uma mera hipótese: como teria atuado o sujeito no caso de saber com certeza que ia produzir o resultado. Dado que a fórmula exige que o juiz prove um feito que nunca aconteceu, e dada a pouca credibilidade que merece a declaração do acusado, muitos autores opinam que o julgamento acaba sendo concluído a partir da personalidade do sujeito, isto é, os bandidos atuam dolosamente, os fumantes irresponsáveis o fazem de modo imprudente¹¹.

Além das *fórmulas*, outro sério problema que fundamenta a teoria do consentimento é atribuir-lhe que, de início, torna-se muito discutível que as expressões empregadas para designar o elemento volitivo próprio do dolo eventual possam identificar-se com a vontade autêntica. Por isso, os autores que seguem esta linha doutrinária são acusados de trabalhar com meros "sucedâneos da vontade", não conjugáveis com o querer que sem dúvida, em nível de declarações teóricas iniciais, exigem para toda forma de dolo. Apesar de todas essas críticas, a teoria se estende com suas múltiplas variantes; na Espanha, por exemplo, goza de uma grande consideração tanto em nível doutrinal como jurisprudencial, chegando com mais ou menos mudanças, até a atualidade¹².

A teoria da probabilidade parte do elemento intelectual do dolo. Como é difícil demonstrar no dolo eventual o elemento volitivo de querer o resultado, a teoria da probabilidade admite a existência de dolo eventual quando o autor representa o resultado como de muito provável produção e, apesar disso, atua, admitindo ou não essa produção. Se a probabilidade for remota ou mais longínqua, haverá culpa ou negligência com representação¹³.

Diferentemente dos defensores da teoria do consentimento, os autores que defendem a teoria da representação não tentam manter a todo custo a definição geral do dolo como conhecer e querer quando se encontram com casos fronteiriços, mas se baseiam em abstrato em que casos concorrem um grau de culpabilidade substancial para considerar que o sujeito é merecedor da pena dos delitos dolosos. Assim, esses autores advertem que tal merecimento pode ser apreciado em casos em que, sem querer propriamente a realização do tipo, um sujeito tenha atuado sendo consciente ou representando-se que existia certo risco em dita realização. A questão em que se baseia então é o nível de representação com que deve atuar um sujeito para que possa considerar dolosa sua conduta. Um dos primeiros a criarem uma resposta seria Konrad Hagen no final do século passado; segundo esse autor, o consentimento é um requisito supérfluo, pois para o dolo é suficiente que o sujeito tenha atuado, em que pese "contar com o resultado", não bastando nesse sentido que se tenha representado o acontecimento de tal resultado como simplesmente possível¹⁴.

Para a teoria da probabilidade – versão da teoria da representação estendida – a diferença entre dolo e imprudência está em função unicamente do grau de probabilidade com que o autor tenha representado a realização da conduta típica: pese ter-se representado como provável a realização do tipo o sujeito tenha decidido atuar, ocorre dolo; se se tem representado tal realização simplesmente como improvável, ocorre imprudência. O supérfluo da vontade se adverte nos casos de dolo direto de segundo grau, caso em que ninguém discute sua condição de dolosos, mesmo não existindo neles um elemento volitivo com conteúdo próprio¹⁵.

Se para a teoria do consentimento o centro de gravidade na questão do dolo ocupava a relação emocional do sujeito com o resultado, nos fundamentos da teoria da probabilidade passa a ocupá-lo a conduta perigosa, que o sujeito deva conhecer como tal, sem que seja necessária atitude emocional de nenhuma classe. Neste sentido, afirma Loffler que “a culpabilidade do autor (doloso) se distingue no que este contava com a representação de um possível resultado antissocial como consequência de sua atuação e, mesmo assim, tenha atuado. Não tinha na dita representação um contramotivo decisivo e por isso é caracterizado como um homem a quem não importam os bens sociais. Como se pode apreciar, a teoria da probabilidade levanta uma questão motivacional – a representação do resultado em questão não aborda um motivo contrário à execução da ação, em palavras de Lacmann –, mas se diferencia da teoria do consentimento, no que esta última valoriza os desejos ou intenções do sujeito, enquanto os defensores da

teoria da probabilidade se limitam a constatar um déficit de motivação sem que informem suas causas”¹⁶.

Ao mesmo tempo os defensores da teoria da probabilidade tentam demonstrar com exemplos gráficos os resultados absurdos a que pode levar a aplicação da primeira fórmula de Frank, supondo que, sem dúvida, a teoria da probabilidade parece solucionar adequadamente.

A maioria dos autores que se aliaram com os postulados da teoria da probabilidade só defendiam uma solução para aqueles casos em que não havia intenção de realizar o tipo por parte do sujeito e, desta maneira, suas conclusões no âmbito do dolo eventual não levarão, por regra geral, a uma redefinição global do dolo. Neste sentido, o principal impedimento para tal tarefa seria dado por aqueles casos nos quais o sujeito, mesmo sendo consciente da escassa probabilidade de que sua conduta causara o resultado típico, atuava, ainda assim, com a intenção de provocá-lo, como no famoso caso do atirador inexperiente que dispara para matar a uma grande distância com uma escopeta que tem um ponto de mira mal calibrado e, mesmo assim, alcança seu objetivo. Nestes casos, ao ser o sujeito consciente da escassa probabilidade de sua conduta não acertar o alvo, só se deveria castigar por delito imprudente. Para evitar esta solução, muitos defensores da teoria da probabilidade consideram que, existindo intenção, basta para o dolo que o sujeito tenha representado como possível a realização do tipo. Mesmo assim, esta correção *ad hoc* impede construir um conceito geral do dolo baseado exclusivamente na ideia da representação da probabilidade¹⁷.

Uma aplicação restrita da teoria da probabilidade chega a afirmar que, caso saia a bala, só se deve castigar a quem dispara como autor do homicídio imprudente, posto que este teria claro que o mais provável é que a morte não chegara a acontecer. Afirmar o contrário seria dizer que eram prováveis duas realidades que se autoexcluem, o que é ilógico, porque, se uma é provável (neste caso que não morra ninguém), necessariamente a outra tem que ser improvável, e assim, por regra geral, representar-se ao sujeito. A teoria da probabilidade fracassa perante suposições como esta¹⁸.

Todos estes problemas têm acabado por propiciar o prático desaparecimento da teoria da probabilidade do âmbito da discussão dogmática posterior à Segunda Guerra Mundial. Neste sentido, talvez o que tenha pesado mais seja o seu erro de base, pois, como afirmou Armin Kaufmann, a teoria da probabilidade é já desde o início só uma teoria de dolo eventual. Certamente parece indiscutível que com seus fundamentos fica impossível desenvolver uma classificação tripartida do dolo que harmonize com a definição geral de dolo como conhecer e querer ou um conceito global de dolo meramente cognitivo que não castigue só como imprudentes casos como o do atirador inexperiente. Contudo, o espírito da teoria da probabilidade sobrevive ainda hoje em boa parte dos fundamentos das teorias meramente cognitivas que atualmente se defendem¹⁹.

Assim, resumidamente, a teoria da vontade ou do consentimento atende o conteúdo da vontade. Para esta teoria não é suficiente que o autor situe o resultado como de produção

provável, mas é preciso que, além disso, diga: “ainda que fosse certa sua produção, atuaria” (fórmula de Frank). Há, ao contrário, culpa se o autor, ao haver representado o resultado como de produção certa, tivesse deixado de atuar²⁰.

Contra a teoria da probabilidade afirma-se que deixa sem valorar uma parte essencial do dolo: o elemento volitivo que, por outra parte, nem sempre a alta probabilidade de produção de um resultado obriga a imputá-lo a título de dolo (pense-se nas intervenções cirúrgicas de alto risco). Muñoz Conde conclui que é preferível a teoria da vontade, porque, em última instância, todo o problema do dolo desemboca amplamente na demonstração do querer o resultado, sendo insuficiente a simples representação de sua produção provável. A demonstração desse querer suscita, na prática, certamente problema de prova, mas nem por isso dele se prescinde²¹.

3 POSICIONAMENTO DE ROXIN

De acordo com Roxin, quando se tenta perfilar como fórmula os pressupostos sobre os quais se pode afirmar que um resultado ou qualquer outra circunstância foi assumida na vontade daquele que atua e se converteu, através da decisão pela possível lesão de bens jurídicos, na parte integrante do plano do fato, deve-se ser consciente da dificuldade de reproduzir linguisticamente de maneira adequada um fenômeno psicologicamente muito sutil e muitas vezes guiado por tendências irracionais e só relativamente

conscientes. As reflexões verbais não podem ser aqui mais que aproximações²².

Com esta reserva se pode dizer que há o dolo eventual quando o sujeito conta seriamente com a possibilidade da realização do tipo, mas apesar disso segue atuando para alcançar o fim perseguido, e se resigna assim – seja de boa ou de má vontade – à eventual realização de um delito, se conforma com ela. De outro lado, atua com culpa consciente quem adverte a possibilidade de produção do resultado, mas não a toma em sério e, em consequência, tampouco se resigna a ela no caso necessário, mas negligentemente confia na não realização do tipo. Sobre isso, deve-se distinguir entre a “confiança” e uma mera “esperança”. Quem confia – muitas vezes por supervalorização da própria capacidade de dominar a situação – em um desenlace exitoso não leva seriamente em conta o resultado delitivo e, portanto, não atua dolosamente. Entretanto, quem leva a sério a possibilidade de um resultado delitivo e não confia em que tudo saíra bem pode em qualquer caso seguir tendo esperança de que a sorte esteja ao seu lado e não passe nada. Esta esperança não exclui o dolo quando simultaneamente o sujeito “deixa que as coisas sigam seu curso”²³.

Assim, os recentes esforços em torno do *dolus eventualis* se caracterizam menos pelo rechaço da teoria que se levará em conta do que pela intenção de objetivá-la. Entretanto, os empenhos em suprimir totalmente o elemento volitivo-emocional estão condenados ao fracasso. É certo que não pertence ao dolo nenhuma “aprovação” no sentido de que o sujeito deva considerar desejável o resultado. Tampouco é exigível uma atitude sentimental

de “absoluta indiferença” ante a produção do resultado. Mas não se pode anular o elemento “prognóstico-irracional” que se integra na decisão pela possível lesão do bem jurídico e que distingue mediante o “levar a sério” o perigo ou a “confiança” em um desenlace exitoso. Ou se deve incluí-lo, como faz a maioria dos defensores de um conceito de dolo puramente cognitivo, no conceito de saber, com o qual não varia materialmente nada; ou se desfiguram os fenômenos reais mediante a redução aos seus componentes individuais²⁴.

Por outro lado se valora demais atualmente a disputa sobre os elementos objetivos e subjetivos, intelectuais e volitivos na delimitação do dolo. O fato de que todas as teorias em disputa se aproximam entre si em seus resultados concretos não é uma causalidade. Inclusive os elementos de caráter volitivo, como o “levar a sério” ou a “confiança”, podem deduzir-se só de indícios objetivos, entre os quais a maioria das vezes carecerá de transcendência decisiva a declaração do acusado, condicionada por sua tática processual²⁵.

A magnitude do perigo conhecido e a circunstância de se o sujeito tinha, desde sua posição, algum motivo para se conformar com o resultado desempenharão o papel mais importante a respeito; outros critérios como a habitualidade ao risco, os esforços de evitação e a cobertura ou o asseguramento possuem uma transcendência mais indiciária para a valoração do perigo. Mediante a ponderação geral e racionalmente controlada dos indícios que apontam em favor de levar a sério o perigo ou da confiança na não produção da lesão do bem jurídico se subtrai esta doutrina à

arbitrariedade da que desconfiam seus críticos, enquanto as concepções pretensamente objetivistas, que se limitam a um saber (da índole que seja), caem com demasiada facilidade em um esquema rígido. É inevitável que reste uma “insegurança residual”: dado que no elemento volitivo se expressa também uma diferença de culpabilidade entre dolo e culpa, a fixação de delimitações matematicamente precisas resulta aqui pouco possível como o é em geral na determinação de culpabilidade²⁶.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De qualquer sorte, somente a prova contida nos autos é que demonstrará o elemento subjetivo do agente, o que não leva a crer que a embriaguez e o número de vítimas determinem o elemento subjetivo, pois devemos perquirir se no caso concreto, ainda que fosse certa a produção, o sujeito agiria. Se a resposta for afirmativa, estamos diante do dolo eventual, caso contrário, continuamos adotando a opinião que se trata de culpa consciente. O fator decisivo está, acertadamente, na vontade do agente. Para os defensores de que há sempre dolo eventual nos casos de embriaguez do sujeito conjugada com outros elementos (excesso de velocidade, número de vítimas etc.), conclui-se que estes adotam a teoria da probabilidade, visto que, ao ingerir a bebida alcoólica, o sujeito representa o resultado como de muito provável produção e, apesar disso, atua, admitindo ou não essa produção. Portanto, para os seguidores da teoria da probabilidade, a ingestão de bebida alcoólica seria também o marco para a responsabilidade objetiva por dolo (eventual) do causador do acidente de trânsito,

visto que não mais se perquire o “querer do agente”, ou seja, a vontade.

Welzel, por sua vez, já mencionava que delimitar o dolo eventual da culpa consciente era um dos problemas mais difíceis e discutidos do Direito Penal. A razão desta dificuldade está em que o querer é um fenômeno anímico originário último, que não pode ser reduzido a outros processos anímicos – nem emocionais, nem intelectuais e que por isso só pode ser circunscrito, porém não propriamente definido²⁷.

No entanto, Juan Bustos Ramírez com precisão afirma o seguinte: trata-se, pois, de uma diferença só num momento subjetivo, de distintos elementos subjetivos específicos em cada caso, mas a substancialidade (risco e falta de cuidado) em um ou noutro caso é a mesma, por isso o dolo eventual é só culpa com representação, mas com uma atitude de contar com (ou decidir-se pela realização que leva a afetar um bem jurídico, o que Engisch chamava indiferença ante o bem jurídico)²⁸.

Não nos parece que o autor do delito de trânsito, mesmo embriagado, conte com o risco de matar ou ferir pessoas, pois caso aceitasse tal produção, evidente que estaríamos diante do dolo eventual. Tampouco haveria indiferença pelo autor em relação ao bem jurídico tutelado. Embora Welzel coloque a dificuldade de estabelecermos o “querer” do agente no caso concreto, posto que se trate de fenômeno anímico, parece que tão somente nos casos que restasse claramente evidenciado esse “querer” que poderíamos falar em dolo eventual. E esse “querer” deve ser buscado no fim

último do agente, ou seja, quando houve a causação do resultado é que se deve perquirir qual era o seu “querer”, visto que, não havendo por parte do agente sequer a representação positiva do resultado, não se configura o dolo, restando, assim, a culpa.

A conjugação da consciência e da vontade representa o cerne do dolo e esses dois momentos definidores não são estranhos ao dolo eventual que, como observa Díaz Palos, “é dolo antes que eventual” (*Dolo Penal*, Barcelona, p. 97). E por ser dolo e, desta forma, por exigir os dois momentos, não pode ser conceituado com o desprezo de um deles, como fazem os adeptos da teoria da probabilidade, que se desinteressam, por completo, do momento volitivo. Assim, não basta para que haja dolo eventual que o agente considere sumamente provável que, mediante seu comportamento, se realize o tipo, nem que atue consciente da possibilidade concreta de produzir o resultado, nem mesmo que tome a sério o perigo de produzir possível consequência acessória. Não é exatamente no nível atingido pelas possibilidades de concretização do resultado que se poderá decretar o dolo eventual e, sim, numa determinada relação de vontade entre esse resultado e o agente. Daí a posição mais correta dos defensores da teoria do consentimento que se preocupam em identificar uma manifestação de vontade do agente em relação ao resultado. Tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, assumir o risco de produzi-lo não passa de formas diversas de expressar um único momento, o de aprovar o resultado alcançado, enfim, o de querê-lo²⁹.

Com efeito, não é possível afirmar, como querem alguns aplicadores do Direito, da conduta daquele que se embriaga, dirige em velocidade elevada e fere ou mata mais de uma pessoa, que estaria agindo com dolo eventual, visto que em tal conduta não há manifestação de vontade do agente em relação ao resultado. Não se pode afirmar que os fatores descritos (embriaguez e velocidade) sejam vistos como consentimento do agente para o resultado.

Parece correta a doutrina, agora predominante, de que existe dolo eventual, quando o autor não se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com o risco da realização do tipo, antes até concordando com a concorrência do evento do que renunciando a prática da ação³⁰.

Paulo José da Costa Júnior coloca que o dolo eventual exigiria, de parte do agente, a aprovação ou o consentimento ou, quando ao menos, um comportamento de absoluta indiferença. Contudo, é a vontade e não a representação a essência do dolo eventual. A decisão de agir, mesmo com a possibilidade de realização do evento, configura uma situação psicológica impregnada de volição; uma decisão da vontade diante do evento previsto como possível, ainda que indiferente ou até incômodo³¹.

Luiz Regis Prado³² ensina que “no dolo eventual o agente presta anuência, concorda com o advento do resultado, preferindo arriscar-se a produzi--lo a renunciar à ação. Ao contrário, na culpa consciente, o agente afasta ou repele, embora inconsideradamente,

a hipótese de superveniência do evento, e empreende a ação na esperança de que esse evento não venha ocorrer – prevê o resultado como possível, mas não o aceita, nem o consente”.

No entender de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli³³, dolo eventual “é a conduta daquele que diz a si mesmo ‘que aguente’, ‘que se incomode’, ‘se acontecer, azar’, ‘não me importo”.

Para conceituar o instituto, Celso Delmanto³⁴ diz que, neste, “o agente, conscientemente, admite e aceita o risco de produzir o resultado;”. E continua citando José Barcelos de Souza: “No dolo eventual, não é suficiente que o agente se tenha conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado; exige-se, mais, que ele haja consentido no resultado”. A propósito da atual tendência de imputação de dolo eventual em homicídios praticados ao volante, adverte José Barcelos de Souza: “O que costuma ocorrer, efetivamente em delitos de trânsito, não é um imaginado dolo eventual, mas uma culpa consciente, grau mais elevado a culpa, muito próxima do dolo, que, entretanto, não chega a configurar-se” (Dolo eventual em crimes de trânsito, *in* Bol. IBCCr n. 73/11). “Evidentemente, havendo dúvida quanto ao conteúdo psicológico da conduta – sempre de difícil aferição –, prevalecerá a hipótese menos gravosa de culpa consciente, em face do primado *favor libertatis* que é a fonte de todo Estado Democrático de Direito, o qual, em matéria probatória nos campos penal e processual penal, se traduz na máxima *in dubio pro reo*.”

Nelson Hungria, em sua obra histórica, colecionava um exemplo interessante e que marca a divisão correta a ser feita entre dolo eventual e culpa consciente: “Um motorista, dirigindo o seu carro em grande velocidade, já em atraso para atender ao compromisso de um encontro amoroso, divisa à sua frente um transeunte, que, à aproximação do veículo, fica atarantado e vacilante, sendo atropelado e morto. Evidentemente, o motorista previu a possibilidade desse evento; mas, deixando de reduzir ou anulando marcha do carro, teria aceito o risco de matar o transeunte, ou confiou em que êste se desviasse a tempo de não ser alcançado? Na dúvida, a solução não pode ser outra senão a do reconhecimento de um homicídio simplesmente culposo (culpa consciente)”³⁵.

Hungria ainda enfatizava que a posição adotada pelo Código (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940), pela leitura da exposição de motivos, era a de que o Código adotava a teoria do consentimento³⁶.

Conforme o exposto até o presente, verificamos que adotada a teoria do consentimento, que parece a mais correta, não restaria como enquadrarmos o agente causador de delito de trânsito que estivesse embriagado ou em excesso de velocidade na modalidade de dolo eventual, como querem alguns aplicadores do Direito. Restaria, então, o enquadramento correto de referidas condutas, a menos, é claro, que os autos demonstrem o dolo. Portanto, parece-nos que, nos casos do presente trabalho, o agente só pode ser punido a título de culpa, mesmo porque, a distinção de culpa consciente e dolo eventual são fronteiros, portanto, necessário

que se realize tal distinção, sob pena de ratificarmos a errônea aplicação do direito penal em nosso Estado.

A culpa consciente ocorre quando o agente prevê o resultado, mas espera, sinceramente, que não ocorrerá. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta por entender que evitará, que sua habilidade impedirá o evento lesivo que está dentro de sua previsão³⁷.

Assim, necessário que se faça tal distinção sobre a conduta do agente, indagando-se a respeito de sua intencionalidade (vontade) no momento da causação do resultado danoso, visto que não será a embriaguez, o número de vítimas ou excesso de velocidade, entre outros motivos, que delinearão a imputação ao acusado, mas, tão somente, o seu consentimento para a produção ou não do resultado típico.

O problema fundamental para os aplicadores do Direito, que se filiam nesses casos à imputação do dolo eventual é de que a pena imposta a título de culpa é pequena em relação ao dano causado pelo agente, então, adota--se a solução de modificação da teoria do crime, ou adota-se a teoria da representação, visto que, dessa maneira, torna-se possível que o agente receba uma pena mais elevada e, assim, estariam com a impressão de que o problema dos acidentes de trânsito estaria resolvido, até mesmo em face da repercussão da reprimenda penal imposta. Esquecem-se que na maioria dos casos os aumentos de pena nunca funcionaram como forma de evitar a criminalidade (a respeito, veja-se a lei dos crimes hediondos) e que, na mais variada das vezes, a

lei acaba por incidir em “determinados casos” e não de maneira uniforme, em face dos próprios meios de controle social.

Assim, a solução é clara dentro de nosso sistema penal vigente e está com o próprio juiz que julgará o processo. Esclarecemos. O nosso Direito Penal é o da culpabilidade e culpabilidade nada mais é do que censurabilidade, reprovabilidade, juízo de pura censura e reprovação sobre a conduta do réu. Então, quanto mais censurável for a conduta do réu (embriaguez, excesso de velocidade, número de vítimas), maior poderá ser a reprimenda penal imposta pelo juiz ao aplicar a pena, dentro do delito culposo, ou seja, se a conduta do réu for extremamente censurável, aplica-se a pena máxima do delito culposo, não se falando, nesse caso, em dolo eventual. A pena aplicada é a do delito culposo, devendo ser dosada de acordo com a culpabilidade do acusado.

Direitos humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito

I Introdução

II Direitos humanos no âmbito do estado democrático de direito: a pessoa como destinatária das normas jurídicas

III Pretensa crise de eficácia do direito penal: propostas de expansão

IV Política criminal e direitos humanos

V Direitos humanos e direito penal no Brasil

VI Limites para uma intervenção penal racional: discurso de resistência

VI Conclusão

Referências Bibliográficas

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Professora Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Coordenadora-Chefe da Revista Brasileira de Ciências Criminais

I INTRODUÇÃO

A relação entre Direito Penal e direitos humanos sempre foi ambígua, exprimindo uma tensão antinômica entre dois polos. Tal antinomia reside na própria essência do *ius puniendi*, que atinge direitos fundamentais do indivíduo, a começar por sua liberdade.

De outro lado, o sistema penal exerce também uma função de proteção dos direitos fundamentais, por meio da incriminação de comportamentos, no contexto de um movimento duplo, afirmando positivamente valores e atribuindo sentido delitivo à sua transgressão¹, tudo com o fim de resguardar a segurança e a convivência harmônica no âmbito de determinada sociedade. A busca do ponto de equilíbrio entre os interesses envolvidos (segurança social e direitos individuais) revela-se, assim, uma das mais sérias dificuldades no estabelecimento do conteúdo e da legitimidade da intervenção jurídico-penal, estando, justamente por isso, sempre sujeita à revisão².

Nesse contexto, no centro da atual discussão em torno dos modelos de intervenção jurídico-penal, surge a questão quanto à delimitação das consequências advindas dos elementos que caracterizam as sociedades pós-industriais à política criminal e à dogmática penal. Emerge, daí, a reflexão acerca dos limites de racionalidade do Direito Penal, a partir do estabelecimento das implicações do reconhecimento dos direitos fundamentais sobre seu conteúdo³. Referido tema ganha destaque na atualidade, justamente em razão da perplexidade causada pelos rumos que parece tomar a política criminal para o enfrentamento de alegadas novas questões, os quais, não raro, gozam de respaldo popular e de impulso político de amplo espectro ideológico.

Na verdade, o discurso de contraposição entre eficácia e garantias individuais não é novo, podendo-se encontrar diversos exemplos na história de modelos de intervenção que se afastam do

paradigma penal liberal e pretensamente sustentados por uma ideologia de manutenção da ordem pública ou de segurança coletiva contra inimigos, levam ao mesmo efeito autoritário de segregar, por meio do Direito Penal, determinados seguimentos sociais⁴. Esse movimento pendular entre autoritarismo e humanismo⁵ parece aproximar-se na atualidade mais de um Direito Penal de segurança, a implicar a limitação de direitos e liberdades individuais em nome de uma maior eficácia e proteção social.

Revela-se, assim, necessária uma análise crítica do fenômeno de expansão do Direito Penal, partindo-se do resgate da importância dos direitos humanos ante os instrumentos de controle social formal exercido pelo Estado. Observa-se, porém, que qualquer reflexão acerca de determinado modelo de intervenção deve partir de pressupostos valorativos que conferem coerência à própria concepção de sua finalidade e legitimidade. Assim, correspondendo a momentos históricos distintos, o Direito Penal reflete invariavelmente a orientação filosófico-jurídica e a ideologia política vigentes, relacionadas com a forma de Estado adotada na organização social⁶.

A análise valorativa da legitimidade do Direito Penal não se confunde, entretanto, com a adoção de posturas que frequentemente levam ao mascaramento de perspectivas de cunho moralista, por meio de critérios baseados em personificações ideais, tais como a vinculação das decisões legislativas e judiciárias em matéria penal à concepção de uma "pessoa média" ou de um "cidadão normal". O problema da generalidade de tais arquétipos

reside na desconsideração da variedade de uma sociedade pluralista, levando à eleição de valores morais, que jamais poderiam ser tomados por referência num contexto social integrado por pessoas autorresponsáveis e críticas. Portanto, a despeito de a análise prévia social constituir elemento fundamental para as bases da discussão racional sobre o conteúdo do Direito Penal, não elimina a análise valorativa no estabelecimento de tais conteúdos⁷.

Em uma sociedade dotada democraticamente de uma Constituição, é essa norma que definirá os contornos do acordo social, sempre condicionado historicamente e, por isso, suscetível à modificação. Por isso, as Constituições tendem a especificar não apenas a estrutura política do Estado, mas também os objetivos que se devem perseguir, expondo um conjunto de princípios e valores superiores a inspirar a atuação dos poderes públicos. Nesse quadro axiológico que informa o Estado e o caracteriza como Democrático de Direito no caso brasileiro, inserem-se os direitos e garantias individuais, a estabelecer uma especial relação entre o Poder e o Direito, de forma que seu exercício esteja sempre voltado ao indivíduo, transcendendo à mera tarefa de controle ou manutenção da ordem pública.

Em tal contexto normativo, o Direito Penal, como subsistema do sistema de controle social, é naturalmente subordinado à carga valorativa que conforma todos os outros subsistemas de controle e, assim, o próprio modelo de Estado. Essa constatação impede que se atribuam ao Direito Penal objetivos irrealis, como agente político de transformação social. Ao contrário, o Direito Penal deve ter bem delimitado seu âmbito de proteção, que, à evidência, haverá de ser

reduzido, em razão de sua consideração como o último recurso do Estado nos casos em que se revele imprescindível à manutenção da ordem social⁸. E é nessa perspectiva subsidiária e fragmentária que deve o sistema de Direito Penal ser examinado em confronto com o reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

II DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A PESSOA COMO DESTINATÁRIA DAS NORMAS JURÍDICAS

A concepção social conforma o campo de intervenção jurídico-penal. Assim, a ideia da sociedade influi, de forma implícita ou explícita, na essência do delito nos diversos sistemas dogmáticos⁹, bem como condiciona diretamente a forma de repressão pelo Estado. Verifica-se, a partir dessa constatação, a necessária influência dos valores político-criminais na elaboração e aplicação do Direito Penal. Se, conforme expôs Franz von Liszt¹⁰, o Direito existe para a defesa dos interesses da vida humana, a norma penal não poderia ter outro objetivo senão o cumprimento dos próprios fins no âmbito da realidade social.

Assim, a análise do conteúdo de um determinado modelo de intervenção penal não há de se estabelecer a partir da norma em si, e sim, antes disso, da orientação desta por meio da política criminal¹¹. E embora se possa admitir a carência de sistematicidade na matéria, por influência alemã, marcadamente a partir do positivismo de Karl Binding, é justamente no âmbito germânico que se percebe uma especial preocupação voltada à política criminal,

por ocasião do Projeto Alternativo do Código Penal de 1966, pontuando-se questões relacionadas à legitimidade e aos fins do Direito Penal¹².

De fato, a partir de Franz von Liszt, a política criminal passa a receber crescente importância em sua relação com a dogmática penal¹³, concepção esta que foi adquirindo maior força, no sentido de articulação ou colaboração entre as esferas, num modelo de sistema aberto, conforme expôs Claus Roxin¹⁴, chegando-se às concepções que consideram a política criminal como transcendente à própria dogmática, de forma que determine seu conteúdo, num contexto teleológico-racional. Atualmente, pode-se conceituar a política criminal de forma abrangente, correspondente ao conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal¹⁵.

O critério político-criminal fundamental, no âmbito de um Estado Democrático de Direito de cunho personalista, é sem dúvida a garantia dos direitos humanos¹⁶. Aceito esse pressuposto político-ideológico e tomado o Estado como instrumento a serviço dos indivíduos, a atividade político-criminal deverá estar necessariamente orientada à busca da proteção dos respectivos direitos fundamentais, mesmo na esfera penal¹⁷.

Verifica-se, então, que o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos estão na base das Constituições democráticas modernas¹⁸, a definir uma dimensão substancial não apenas ao

Direito, mas à própria democracia, sob perspectivas diversas – na vertente negativa, os direitos humanos não podem sofrer violação de nenhuma maioria ou mesmo da unanimidade social; de outro lado, tais direitos geram vínculos positivos no sentido de sua satisfação, a que nenhuma maioria pode renunciar ou deixar de cumprir¹⁹. A partir da constatação da medida da observância desses vínculos, a prática em matéria de direitos humanos revela-se um importante fator a determinar o estágio de desenvolvimento de um Estado, assim como o estágio de desenvolvimento de um Estado permite explicar em parte o tratamento que se confere aos direitos humanos²⁰.

É evidente que o Estado Democrático de Direito constitui, por sua própria natureza, um ordenamento imperfeito, resultando impensável a absoluta harmonia de interesses e valores nos diversos níveis do sistema²¹. Aliás, essa aparente imperfeição constitui o maior mérito dos ordenamentos jurídicos democráticos, uma vez que a total ausência de antinomias só seria possível se não se incorporasse às normas nenhum vínculo substancial, como acontece no Estado Absoluto, no qual estas existem e possuem validade porque são produzidas dentro das formas estabelecidas.

Resulta, então, missão fundamental do Estado trabalhar com as antinomias existentes em matéria de direitos fundamentais, de forma que se sopesem os interesses em conflito num contexto pluralista, sem jamais perder o foco da proteção dos direitos individuais. Assim, a compreensão da sociedade pressupõe o reconhecimento de sua base, isto é, o respeito aos indivíduos que a

compõem, em contraposição à tradicional concepção orgânica, segundo a qual a coletividade é situada, como um todo, antes de seus membros individualmente considerados²². Esse entendimento do sentido social a partir dos próprios indivíduos que o compõem possibilita a aplicação do Direito para além do cumprimento de requisitos meramente funcionais correspondentes a uma sociedade complexa, de forma que satisfaça às condições de uma integração que, nas palavras de Jürgen Habermas, em última instância se efetua por meio das operações de entendimento intersubjetivo de sujeitos que atuam comunicativamente²³.

Há de se estabelecer, nessa perspectiva, o conceito de pessoa como destinatária da norma jurídico-penal. A partir de uma das vertentes do comunitarismo político, concepção ressurgida nos últimos anos como reação ante as tendências liberais, em especial ao neocontratualismo, afirma-se criticamente que o individualismo no qual se apoia a postura liberal apresenta uma noção atomística do sujeito, separado dos vínculos sociais e valorativos nos quais está naturalmente imerso²⁴. Acentua-se, desse modo, a necessidade de consideração dos vínculos comunitários estabelecidos pela pessoa por meio da participação democrática²⁵. Na mesma direção parece estabelecer-se o conceito de Habermas acerca do mundo de vida, que, articulado em termos da teoria da comunicação, rompe com o conceito da sociedade como um todo composto de partes²⁶.

Assim, a pessoa, tomada a um só tempo como destinatária e fundamento da norma jurídico-penal, deve ser entendida em sua

dimensão concreta e comunicativa, a partir de sua capacidade de relacionar-se socialmente, com o fim de atingir seu livre desenvolvimento. Essa concepção impede que o indivíduo seja considerado objeto da norma ou da política pública do Estado, reconhecendo-se sua condição de sujeito no contexto social. A partir desse entendimento, mostra-se ilegítima a adoção de modelos de intervenção penal fundados em uma visão apriorística da pessoa, justamente por desrespeitarem, em qualquer caso, sua autonomia, considerada em sentido social.

É interessante observar, nesse sentido, que referida concepção de pessoa como destinatária da norma retira, ainda, a legitimidade das formas de intervenção penal na linha paternalista, representadas pela tutela autoritária de situações em que, na verdade, não se verifica violação relevante ao bem jurídico, em razão do interesse dos próprios indivíduos concretamente envolvidos²⁷.

Ressalta-se, porém, que ainda que tal conceito de pessoa seja congruente com um Estado Democrático de Direito, a dinâmica própria do intervencionismo que caracteriza referido modelo político leva ao perigo de comprometer sua efetiva proteção na esfera penal. Com efeito, questiona-se na atualidade se a proteção dos direitos fundamentais do agente do delito é compatível com a concepção dominante do Estado, de cunho intervencionista, voltado à efetivação e à tutela dos direitos de toda a sociedade.

Na verdade, a admissão de um modelo de Estado voltado à busca do bem-estar material dos cidadãos não obriga a postular

como desejável um intervencionismo penal que restrinja a liberdade da pessoa além do imprescindível para sua própria proteção. Dessa forma, ao estabelecer valores, interesses e garantias fundamentais, a Constituição Federal não se dirige originalmente à regulação do comportamento dos cidadãos entre si, e sim ao reconhecimento de limitações fundamentais ao exercício do poder político do Estado²⁸. A referência expressa a direitos e bens no texto constitucional tem, portanto, por objetivo primordial sua fixação como limite a ser respeitado pelo poder público, não sendo possível transportá-los automaticamente à esfera penal para efeito de criar tipos ou mecanismos de imputação que atinjam excessivamente os próprios direitos fundamentais do agente.

A conexão entre intervenção jurídica estatal e direitos humanos deve ocorrer, portanto, de forma que o Direito Penal não derive nem de uma interpretação moral dos direitos fundamentais nem de uma leitura ética da soberania popular. A pessoa como destinatária da norma penal há de ser respeitada e reconhecida antes de qualquer outro valor ou interesse, não por corresponder à parte da coletividade, e sim por sua dignidade, materializada na autonomia dirigida à busca do livre desenvolvimento no âmbito das relações sociais de que participa.

III PRETENSÃO DE EFICÁCIA DO DIREITO PENAL: PROPOSTAS DE EXPANSÃO

É lugar comum destacar a constante presença de temas próprios do Direito Penal nos meios de comunicação e nos debates

sociais em geral. Esse protagonismo da justiça penal não se trata de fenômeno transitório, possuindo, ao revés, causas mais profundas. De fato, no âmbito de uma sociedade com escassas alternativas ideológicas, a ausência de propostas de transformação efetiva é compensada pela reflexão superficial sobre conflitos valorativos de âmbito limitado ou concreto, que não implicam o questionamento da estrutura social básica²⁹. O Direito Penal revela-se, assim, tema atrativo, até em razão de seu efeito simbólico, substituindo-se aparentemente às políticas públicas deficientes do Estado³⁰.

Nessa linha, tem-se afirmado que a legislação penal produzida nas duas últimas décadas na América Latina e especificamente no Brasil representa um dos mais tristes capítulos na história do Direito. A partir de um populismo irracional, os agentes políticos têm provocado caos legislativo que, longe de ser orientado por um autoritarismo ideológico – como o fascista ou o nazista – ou conjuntural – como o derivado de regimes militares –, encontra origem em discursos vazios, de natureza moral³¹.

Verifica-se, então, que a crise do Direito Penal no âmbito da complexidade da sociedade contemporânea diz respeito, antes de mais nada, à sua capacidade regulativa. A multiplicidade das funções exigidas ao Estado, a inflação legislativa, a pluralidade das fontes normativas, sua subordinação a imperativos sistêmicos de natureza econômica, tecnológica ou política, e, de outro lado, a ineficácia dos controles e as amplas margens de irresponsabilidade dos poderes públicos geram uma crescente incoerência e perda de

confiança na razão jurídica. Disso resulta a debilitação da função normativa do Direito Penal e, em particular, a quebra de suas funções de limite e vínculo para a política e, portanto, de garantia dos direitos fundamentais³².

Surge, nesse contexto, a expressão *Direito Penal moderno*, utilizada com significações diversas. Winfried Hassemer³³ emprega-a em contraposição à concepção de um Direito Penal liberal, referindo-se de forma crítica ao fenômeno de expansão da intervenção penal que leva a uma perversão do conceito de bem jurídico, agora convertido em critério positivo de justificação. Nessa acepção, a intervenção jurídico-penal ganharia contornos de instrumento de pedagogia social, com o fim de sensibilizar a sociedade sobre determinados temas, por meio da antecipação da tutela e da absolutização da orientação às consequências.

Há, de outro lado, diversos autores que trabalham com a concepção de Direito Penal moderno vinculada à própria evolução do Estado, sem um sentido necessariamente negativo ou crítico. Assim, dos delitos de lesão passa-se à antecipação de tutela a estágios de perigo; dos delitos patrimoniais e da chamada criminalidade de massa passa-se à criminalização de atividades ilícitas das classes média e alta (os denominados *White collar crimes*), promovendo-se a intervenção em setores que tradicionalmente permaneciam à margem do Direito Penal; da ideia de culpabilidade, passa-se à concepção de gestão de riscos, a partir do princípio da precaução, fazendo frente sobretudo a novas formas de ameaça a bens jurídicos supraindividuais³⁴.

Emergem, nessa linha, diversas propostas na tentativa de abarcar as questões trazidas pela sociedade contemporânea, no contexto de um Direito Penal secundário (Nebenstrafrecht), tais como a ideia de diferentes velocidades. Segundo essa concepção, ter-se-ia, ao lado do Direito Penal de primeira velocidade – representado pela intervenção penal clássica, que impõe penas privativas de liberdade por meio de exigências rigorosas de imputação e de respeito aos direitos individuais e garantias processuais –, um Direito Penal de segunda velocidade, composto pelos delitos característicos do processo de modernização da sociedade globalizada. Nesse segundo modelo, aplicar-se-iam outros tipos de sanção penal, que não a pena privativa de liberdade, permitindo-se, em consequência, menor rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade e a flexibilização de direitos individuais e garantias processuais próprias do Direito Penal liberal³⁵.

A ideia de admitir diferentes velocidades ou setores no Direito Penal leva a questionamentos importantes, fundamentalmente relacionados à própria legitimidade de tal modelo de intervenção jurídica. Nesse sentido, antes de mais nada seria difícil evitar que a desformalização e a flexibilização nos novos âmbitos invariavelmente viessem a contagiar todo o sistema, acabando por aplicar-se também ao denominado setor nuclear do Direito Penal³⁶.

Para além das críticas lançadas ao Direito Penal de segunda velocidade, discute-se atualmente se é admissível uma terceira velocidade, em caráter emergencial e aplicável a situações

excepcionais, impondo-se a pena privativa de liberdade sem a observância estrita de garantias político-criminais, processuais e de regras de imputação³⁷, o que leva ao extremo a possibilidade de flexibilização ou esmaecimento de direitos individuais fundamentais.

A mesma discussão, em âmbito germânico, é levada a efeito acerca da legitimidade do denominado Direito Penal do inimigo (*Feindstrafrecht*), expressão criada por Günther Jakobs para designar um modelo de intervenção que visa a otimizar a proteção de bens jurídicos por meio da antecipação da tutela penal. Nesse âmbito, estariam incluídos delitos que negam frontalmente os princípios básicos do modelo de convivência social, como os crimes de Estado e aqueles praticados por organizações criminosas cujas dificuldades para persecução e prova justificariam a relativização das garantias materiais e processuais. Da mesma forma, o Direito Penal do inimigo poderia ser aplicado aos delitos sexuais violentos, em razão de o modelo de intervenção tradicional não estar preparado para enfrentar delinquentes muito perigosos, revelando-se nitidamente o retorno da ideia de inocuização³⁸.

Conforme defende Günther Jakobs, a partir de uma concepção sociológica referida a expectativas normativas, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, tem-se o tratamento conferido ao cidadão, esperando-se que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade. De outra parte, merece tratamento próprio o inimigo, a quem se combate antecipadamente por sua periculosidade, materializada na infidelidade ao sistema normativo. Portanto, o Estado pode ver os delinquentes como

peças que simplesmente delinquem, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação³⁹.

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo origina-se no Direito Romano⁴⁰, tendo sido trabalhada no âmbito da teoria política por Carl Schmitt, em 1927, na obra *A categoria do político*. A função da política corresponderia, nesse contexto de antagonismo, a atividades para agregar e defender os amigos e desagregar e combater os inimigos. Nessa perspectiva, assume-se no âmbito político o traço característico do conflito, pois qualquer divergência de interesses pode transformar-se em rivalidade entre pessoas ou grupos sociais. E o grau mais alto de conflito político ocorre quando o recurso à força deve ser empregado: a guerra, que conforme indica Carl Schmitt pode ser externa ou interna – o combate ao inimigo⁴¹.

É interessante notar que Günther Jakobs admite paradoxalmente que o modelo penal proposto não é apto a determinar a diminuição imediata do número de inimigos, sendo provável, ao revés, que implique seu aumento. Assim, a sociedade seguiria tendo inimigos, mais ou menos visíveis. Por isso, a segurança cognitiva, que no Direito Penal dos cidadãos pode sobreviver ao mesmo tempo de um modo incidental, haveria de converter--se no Direito Penal do inimigo em seu objetivo principal⁴².

Essa lógica do inimigo parece estar presente atualmente em diversos ordenamentos jurídicos⁴³, como o alemão, o norte-

americano, o espanhol (nestes dois fundamentalmente no que tange à repressão ao terrorismo e ao crime organizado) e os latino-americanos, a exemplo do Brasil. Com efeito, no âmbito da América Latina pode-se afirmar que a intervenção jurídico-penal se dá por meio de medidas de contenção dirigidas a indivíduos suspeitos, a partir da presunção de sua periculosidade. Isso justifica o crescimento vertiginoso da população prisional, a quem se impõem na maioria dos casos penas sem uma correspondente decisão condenatória formal.

Nessa linha, conforme expõe Eugenio Raúl Zaffaroni, aproximadamente três quartos dos presos na América Latina estão submetidos a medidas preventivas de contenção. Desses presos, em um quarto dos casos os indivíduos são condenados formalmente e se lhes faz cumprir o restante da pena. Na metade dos casos, verifica-se que o agente praticou um ilícito, porém se considera que já cumpriu a pena durante o tempo de prisão preventiva. Finalmente, na quarta parte restante dos casos, não se verifica a prática de delito, libertando-se o indivíduo sem a imposição de qualquer pena formal⁴⁴.

Sob outro prisma, é interessante notar que as dificuldades de enfrentamento teórico das diversas questões trazidas pelas propostas de expansão do Direito Penal ganham contornos ainda mais acentuados se confrontadas com hipóteses concretas advindas de âmbitos específicos – como os do terrorismo e do crime organizado. Nesses casos, discute-se acerca da possibilidade de flexibilização ou afastamento de direitos individuais para a salvaguarda da segurança coletiva. Emblemáticos são, a título de

exemplo, os denominados *ticking time bomb cases*, a ensejar aparente dúvida sobre a possibilidade de relativizar a proibição da tortura pelo Estado quando estiver em jogo a proteção de terceiros⁴⁵.

Em verdade, observa-se que os modelos penais de segurança que caracterizam a expansão do Direito Penal⁴⁶ se utilizam do debate sobre os novos riscos sociais e, assim, das propostas que advogam uma modernização da intervenção penal. Esse fato, por mais reprovável que seja, acaba por condicionar inevitavelmente o futuro do discurso modernizador, que não pode deixar de vê-lo como se não tivesse existido⁴⁷. As pressões sofridas pelo Direito Penal advêm, portanto, da nova função que se lhe pretende conferir, como resultado das modernas teorias dos fins da pena, agora vista não mais em sentido retributivo, mas sim na vertente preventiva. Convertendo-se a prevenção em tarefa do Direito Penal, a sociedade passa a esperar que esse mecanismo de intervenção possa oferecer alguma segurança⁴⁸. O equívoco aqui está em pretender aplicar a lógica preventiva sem levar em consideração seu limite, correspondente ao próprio indivíduo e, assim, ao necessário juízo de proporcionalidade em relação ao delito cometido.

Referida racionalidade pragmática, que determina a eficácia do Direito Penal sobre qualquer outra consideração, persegue a proteção da confiança dos cidadãos no funcionamento do sistema⁴⁹, assumindo invariavelmente conteúdo classista. As diferenças de tratamento impostas a setores sociais distintos⁵⁰,

sem qualquer conteúdo teleológico, soa ideologicamente intolerável no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Há de se ter claro o perigo de cair na tentação da “cultura de emergência”, a partir da qual a noção de segurança é substituída pela ideia de eficiência em Direito Penal. De fato, a experiência demonstra que a criação de uma legislação excepcional para uma situação que se define como extraordinária acabar por converter-se no modelo de legislação ordinária, atingindo definitivamente os princípios básicos de convivência social em um Estado Democrático de Direito⁵¹. É preciso observar, nesse sentido, que uma pretendida alteração das bases liberais da intervenção penal, com o fim de atingimento de maior eficácia, leva justamente ao efeito inverso, vale dizer, a uma maior crise de legitimidade. A desnaturalização da função do Direito Penal como instrumento subsidiário de tutela de bens jurídico-penais, para além de não trazer comprovadamente qualquer resultado positivo na luta contra a criminalidade, o faz perder definitivamente sua autoridade e credibilidade social, já que agora convertido em mero instrumento de política com função promocional e simbólica, despojado de valoração relevante.

IV POLÍTICA CRIMINAL E DIREITOS HUMANOS

Proibir e sancionar, por meio da pena, é um fato político, vale dizer, um meio público para a compreensão normativa acerca dos interesses sociais fundamentais, bem como da fronteira das liberdades individuais⁵². Assim, a herança política fundamental trazida pela norma penal corresponde tradicionalmente ao bem

jurídico por ela tutelado, representativo de seu componente teleológico (o “para quê”), mantendo-a vinculada às valorações efetuadas no processo de sua elaboração legislativa.

A despeito de ser fruto de uma decisão política, contudo, a norma converte-se em ente autônomo, a partir do princípio da legalidade. Desse modo, quando os componentes que lhe dão sentido, a começar da própria definição do bem jurídico tutelado, forem mal traduzidos na formulação legal, já não poderão ser supridos por meio do recurso à decisão política⁵³.

Observa-se, porém, que o conteúdo dos tipos penais vai além da mera descrição linguística pelo legislador, em razão de apresentar elementos semânticos e valorativos que exigem do intérprete a utilização de um sistema aberto, entrelaçando-se dogmática e política criminal para tornar claro o âmbito de proteção normativa. Nesse contexto, os princípios de política criminal representam ferramentas fundamentais para combater uma intervenção autoritária do Estado⁵⁴.

Dentre tais princípios, merece destaque o de exclusiva proteção de bens jurídicos⁵⁵, a determinar a proibição do estabelecimento de penas que não tenham como fundamento a afetação de um valor ou interesse de especial relevância social (limite material de criminalização). A proteção de direitos subjetivos já era o limite racional assinalado pela Ilustração, ao qual se acrescentou a ideia de ofensividade. Assim, a ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima sempre que não esteja lastreada na proteção de um bem jurídico, concretamente sujeito a

lesão ou a perigo⁵⁶. O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é apto, assim, a representar para a política criminal campo maior de sua influência, tanto mais rico em consequências quanto mais se logre determinar com exatidão tais bens jurídicos⁵⁷.

O conceito de bem jurídico goza, porém, de uma notória falta de unidade na atualidade. A questão fundamental consiste, portanto, em saber quais as condições a permitir a intervenção penal sobre a liberdade de ação do indivíduo. O problema vincula-se à possibilidade de utilizar o Direito Penal apenas com a finalidade de impedir comportamentos socialmente lesivos a valores sociais fundamentais, excluindo-se da intervenção estatal condutas de transcendência meramente ética ou moral⁵⁸.

Ainda em decorrência do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e, assim, da necessidade de sua lesão ou ameaça a partir do comportamento do agente para justificar a intervenção jurídico-penal, discute-se no atual contexto expansivo do Direito Penal acerca dos limites de referida ofensividade, mormente nos chamados delitos de perigo e, de forma particularmente sentida, nos delitos por acumulação, nos quais a conduta praticada pelo agente, por si mesma inócua ao bem jurídico tutelado, só adquire relevância jurídico-penal se compreendida numa hipótese teórica de repetição⁵⁹. Observa-se, aqui, a necessidade da utilização do critério da proporcionalidade como instrumento de correção jurídica, a obrigar tanto o legislador, como o intérprete da norma penal, a não sujeitar o indivíduo à imposição de pena nos casos em

que esta não se relevar necessária, adequada e proporcional ao ataque ao bem jurídico tutelado⁶⁰.

De outro lado, tem-se no princípio da legalidade a principal expressão do limite ao arbítrio do poder punitivo do Estado. Embora tenha antecedentes em documentos medievais e na própria Carta Magna inglesa de 1215, a imposição de tal limite aos juízes constituiu a principal preocupação do Iluminismo, tendo-se em Anselm von Feuerbach a formulação de sua aplicação na esfera jurídico-penal.

Plasmado na expressão *nullum crimen nulla pena sine lege*, o princípio da legalidade reduz a intervenção penal aos casos de comportamentos expressamente previstos pela lei. A partir de uma interpretação positivista, que visa a atender apenas o valor da segurança jurídica, poder-se-ia entender a legalidade como a exigência de disposição legal sancionada publicamente pela autoridade competente. Longe de determinar uma mera limitação formal de lei, o princípio da legalidade deve, porém, alcançar toda a política criminal, desde o momento de criação do delito e da respectiva pena (garantia criminal e penal), até o momento da aplicação da lei no caso concreto (garantia jurisdicional) e o da execução da pena (garantia de execução)⁶¹.

Frequentemente, repete-se que o princípio da legalidade constitui a “magna carta do delinquente”, conforme a própria expressão de Franz von Liszt, o que leva na atualidade a questionamentos fundados na ideia de segurança social. De fato, a consideração superficial de tal princípio como instrumento para a

proteção dos delinquentes distorce seu correto significado, gerando consequências negativas sob o ponto de vista dos direitos fundamentais. Nessa linha, se é sabido que quem está perante o Estado é um delinquente (como acreditavam poder saber os positivistas), seria de se questionar a razão de restar limitada a defesa da sociedade frente a ele. Em outras palavras, se o princípio da legalidade é um mal necessário, dado que protege o mal (o delinquente) ante o bem (o Estado), soaria claro o merecimento de compreensão da redução de seu alcance, como defendem os adeptos de um Direito Penal de segurança⁶².

Na verdade, o princípio da legalidade dirige-se à proteção de pessoas em relação às quais não é possível afirmar se são ou não delinquentes, pois ainda não foram condenadas. Trata-se, assim, de um bem necessário, pois protege o fraco (o cidadão) ante o forte (o Estado). E é justamente esta a única forma de vislumbrar o princípio da legalidade num contexto democrático, evitando que a redução arbitrária de seu alcance seja apta a atingir direitos fundamentais do indivíduo.

Finalmente, nenhum dos princípios elencados seria concebível sem o reconhecimento do conceito da pessoa e de sua dignidade⁶³. É a partir da ideia de dignidade intrínseca a todo homem – também ao delinquente –, como valor transcendente e informador do Estado Democrático de Direito brasileiro, que se estabelece claramente a função limitadora dos princípios constitucionais sobre o poder punitivo do Estado, fortalecendo-se a uma concepção “humanizada” do Direito Penal, imune à arbitrariedade e ao excesso.

V DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL NO BRASIL

A despeito de a Constituição Federal brasileira ser adjetivada de garantista, em razão do exposto reconhecimento de inúmeros direitos fundamentais, e a par da ratificação, pelo Brasil, de diversos documentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, nos últimos anos tem-se assistido em âmbito nacional à adoção de uma política criminal de *Law and Order*, voltada ao combate simbólico da criminalidade a qualquer custo. A disfuncionalidade da eleição de referido modelo de intervenção penal irracional e autoritário, alternado com iniciativas liberais dirigidas a modalidades delitivas muito específicas⁶⁴, acabou por gerar efeitos negativos à concepção sistêmica do Direito Penal e, assim, à sua própria legitimidade e credibilidade social⁶⁵.

De fato, a partir do início da década de 80 do século passado, a corrente político-criminal da Lei e Ordem encontrou suporte e força expansiva em face de acontecimentos diversos ocorridos no Brasil, dentre os quais: *i.* o incremento da criminalidade violenta direcionada a seguimentos sociais mais abastados, até então imunes a ataques agressivos (como sequestros e roubos a estabelecimentos bancários); *ii.* o terrorismo político e até mesmo imotivado de facções vinculadas tanto à esquerda como à extrema direita; *iii.* o crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes; *iv.* o avanço do crime organizado, expondo a corrupção e a impunidade; *v.* o incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos); *vi.* a percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano; *vii.* o conceito reducionista de

violência, fazendo-o coincidir com o de criminalidade; e *viii.* a difusão pelos meios de comunicação social de um sentimento coletivo de insegurança, por meio da dramatização da violência⁶⁶.

Sob tais influências, o próprio texto constitucional de 1988 trouxe significativas restrições aos direitos e garantias fundamentais do cidadão na esfera penal ao estatuir que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá--los, se omitirem” (art. 5º, XLIII, da CF). A tipologia inserida na mencionada norma corresponde a figuras criminosas reunidas por apresentarem simetria materializada na lesão a valores e interesses de inquestionável dignidade penal. Justamente por isso, tais comportamentos delitivos ficam sujeitos à intervenção penal de mesma raiz político-criminal, direcionada a um maior rigor punitivo.

Sob impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de extorsões mediante sequestro que tinham vitimizado indivíduos importantes da elite econômica e social brasileira (caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina), o medo difuso e irracional acompanhado da desconfiança social em relação aos órgãos oficiais de controle atuou como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir. Surge, então, no início da década de 1990 a denominada Lei dos Crimes Hediondos (Lei Federal n. 8.072/90)⁶⁷.

O objetivo central do novo diploma legal consistiu em conferir resposta estatal mais rígida aos crimes considerados hediondos, na linha do encargo conferido pela Constituição Federal. A despeito da necessidade de se buscar uma definição da locução *hediondo*, o sentido e conteúdo dado pelo legislador ordinário à expressão constitucional reduziu-se, porém, à mera enumeração de determinadas figuras criminosas, que receberam, preservada a respectiva estrutura típica, o rótulo de crime hediondo.

Assim, foram inicialmente etiquetados como hediondos pela Lei Federal n. 8.072/90 os seguintes delitos: homicídio qualificado⁶⁸; homicídio praticado em atividade de grupo de extermínio; latrocínio; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; extorsão qualificada pela morte; estupro; estupro de vulnerável; epidemia com resultado morte, todos previstos no Código Penal brasileiro, além do genocídio, tipificado em lei extravagante. Além desses delitos, foram previstos na lei como crimes equiparados aos hediondos a tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Aos crimes hediondos e aos crimes equiparados a lei impôs diversas restrições, tais como maior lapso temporal para a progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade⁶⁹, iniciada obrigatoriamente em regime fechado e a insuscetibilidade de graça, anistia, indulto e fiança, além de determinar o aumento das penas respectivamente impostas.

No ano de 1998, dias após a exposição pela mídia de caso envolvendo a adulteração de medicamentos destinados ao tratamento de câncer e outras doenças (o que levou à piora do

estado de saúde e à antecipação da morte de diversos doentes), foi promulgada a Lei Federal n. 9.677/98. Conforme a redação legal, qualificada por Miguel Reale Júnior como “aberrante”⁷⁰, passou também a constituir crime hediondo, punido com reclusão de 10 a 15 anos, vender medicamento, cosmético ou saneante sem registro no órgão de vigilância sanitária; em desacordo com a fórmula constante do registro; com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; de procedência ignorada; ou adquirido de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Conforme a metodologia de etiquetagem legal, seja tratando da modalidade específica da adulteração de medicamento ou de produto equiparado, seja nos demais casos de crimes originalmente classificados como hediondos, soa aparentemente indiferente ao aplicador do Direito apurar a efetiva lesividade do comportamento do agente ao bem jurídico tutelado, bem como as circunstâncias da prática delitiva, que são presumidas na norma. Tal presunção impede a análise do caso concreto para efeito de imputação e responsabilidade, representando clara afronta ao princípio da culpabilidade e, assim, à própria Constituição Federal⁷¹. Embora referida conclusão seja voz corrente na doutrina brasileira, a Lei Federal n. 8.072/90 segue sendo aceita pela jurisprudência, gerando efeitos negativos em diversas esferas.

Na verdade, a denominada Lei dos Crimes Hediondos concretizou uma tendência, já detectada no decorrer dos anos 80 do último século, no sentido da adoção de uma política repressiva do Estado com o objetivo de demonstrar a capacidade de governar por meio do poder de punir. A partir de respostas penais cada vez

mais severas, de fixação de rígidos regimes prisionais e do alargamento dos poderes da polícia, o Estado procurou demonstrar publicamente que dispunha de um poder idôneo a reafirmar a força da lei, e, portanto, de revigorar o mito de sua soberania⁷².

Nesse sentido, é interessante notar que, a partir da utilização dos meios de comunicação social, o poder punitivo do Estado torna-se um instrumento não dispendioso de sensibilização popular, imune à resistência política. De fato, no âmbito penal as ideologias de direita e de esquerda acabam perdendo sentido quanto às suas definições tradicionais e, assim, compartilhando das mesmas regras. Tem-se, assim, o discurso da denominada “esquerda punitivista”⁷³, que adere ao apelo de maior intervenção do sistema penal, à semelhança da ideologia dominante.

A análise dos efeitos da adoção de maior rigor na repressão penal por meio da Lei dos Crimes Hediondos revela que não houve, na prática, ganhos sociais sensíveis, evidenciando a necessidade de revisão do balanço entre benefícios e custos, já que estes últimos implicam injustificada intervenção sobre os direitos individuais.

Dados estatísticos da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo⁷⁴ indicam que entre os anos de 1991 e 2003 não houve decréscimo das taxas delitivas em decorrência da aposição da etiqueta “crime hediondo” em relação a alguns tipos penais pertencentes ao ordenamento brasileiro. De fato, tratando especificamente dos crimes de homicídio; roubo seguido de morte; extorsão mediante sequestro; extorsão; estupro; atentado violento ao pudor; e tráfico de entorpecentes, verificou-se na verdade o

aumento do cometimento desses delitos no período⁷⁵. Referida curva em explícita e contínua ascensão revela, então, que a Lei dos Crimes Hediondos não surtiu nenhum efeito desestimulador.

De outro lado, o exame das estatísticas correspondentes aos anos que antecederam à Lei dos Crimes Hediondos evidencia que a incidência de determinados delitos já era estável àquela época. Assim, o maior rigor punitivo do Estado revela-se, da mesma forma, desnecessário na medida em que não serve para interferir na demarcada linha de estabilidade delitiva.

Muito além de não trazer efeitos sociais positivos, a exacerbada atividade repressora do Estado provocou o sensível aumento da taxa de encarceramento, que vem crescendo de forma sistemática sem que os estabelecimentos prisionais tenham condições de absorvê-la. No Estado de São Paulo, a título ilustrativo, o número de presos aumentou de cerca de 50.000 em 1994 para 131.000 em 2004⁷⁶, em decorrência direta do estabelecimento de medidas preventivas de contenção e de regimes prisionais mais rígidos, com menores possibilidades de progressão de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Examinando a realidade nacional da execução da pena privativa de liberdade (atualmente correspondente a quase meio milhão de indivíduos), depara-se, assim, com a existência de um sistema caótico e superlotado, em que os condenados são aglomerados em total desrespeito à dignidade humana e devolvidos, após um processo de plena dessocialização, ao meio

livre para que logo em seguida voltem ao cárcere, em razão da prática de novos delitos⁷⁷.

Transportando a discussão acerca do confronto entre direitos humanos e Direito Penal no Brasil especificamente para o âmbito do sistema prisional, observam-se ainda novos fatores a implicar violações intoleráveis e que, por isso, devem ser analisados.

O Brasil orgulha-se de possuir uma das mais evoluídas leis em matéria de execução penal. Com efeito, em consonância com a Constituição Federal, a Lei Federal n. 7.210/84 proclama e assegura ao condenado todos os direitos não restringidos pela condenação ou pela lei e impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos presos definitivos e provisórios. A partir da definição da finalidade da pena de *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado* em seu artigo 1º, a Lei de Execução Penal brasileira adota as regras mínimas da ONU, de 1955, como base para o estabelecimento dos direitos e deveres do preso.

Contudo, a par da qualidade teórica do regime jurídico da execução da pena no Brasil, o grande desafio está em implementar as garantias asseguradas, tanto na Constituição como na lei ordinária, já que a dissociação entre a previsão legislativa e a realidade é gritante.

Nesse sentido, em que pese a Lei de Execução Penal, em face da orientação reabilitadora, consistir num importante passo no sentido de dotar as prisões brasileiras de um arcabouço disciplinar,

estruturado por meio de mecanismos de controle da identidade dos presos e de um sistema meritório, baseado em punições e recompensas, tal iniciativa não conseguiu imprimir caráter mais racional e humanitário à pena de prisão⁷⁸. O fator preponderante que leva à frustração das expectativas nesse sentido refere-se, antes de mais nada, aos próprios problemas estruturais das prisões brasileiras, tais como o autoritarismo excessivo dos organismos policiais e penitenciários, as condições precárias de habitação e as deficiências de programas sociais voltados aos condenados e aos egressos.

É, assim, evidente que a invocação da finalidade reintegradora da execução penal se afigura irreal, haja vista a realidade desumana que se impõe: prisões superlotadas, sem lugar para todos; muitos dormem no chão, em colchões de espuma imundos ou sobre cobertor. Onde o espaço no chão não é suficiente para permitir que todos se deitem, os presos se revezam; o meio ambiente é insalubre; os doentes são misturados com os sadios; há ratos, insetos e até animais peçonhentos; não há água suficiente para o atendimento de todos; a rede de esgoto funciona mal, porque sobrecarregada; os programas educativos, recreativos e profissionalizantes quase inexistem e a falta de consideração da dignidade dos presos é notória⁷⁹.

A deterioração das prisões nacionais tem sido também certificada por organizações não governamentais internacionais, como a *Américas Watch* e a *Anistia Internacional*. Esta última, em relatório apresentado já em 1999, concluiu que as violações aos direitos dos presos são, em parte, resultado de problemas

estruturais e administrativos do sistema penal brasileiro: longos períodos de encarceramento; condenados sob a custódia da polícia e não em instituições penais; insuficiência de pessoal carcerário e de treinamento; assistência jurídica gratuita para os pobres; recursos humanos insuficientes e de baixa qualidade; corrupção e má administração⁸⁰.

Justamente em razão da violação de direitos humanos fundamentais, começam a surgir em diversos Estados brasileiros decisões judiciais voltadas à interdição de estabelecimentos prisionais sem condições de habitabilidade, bem como à determinação de redução do número de detentos das unidades superpovoadas. Merece destaque nesse tema a emblemática decisão prolatada pelo Juiz Corregedor dos Presídios de São Paulo no início do ano de 2008, determinando a redução do número de internos do Centro de Detenção Provisória II – Pinheiros e a proibição de admissão de novos presos⁸¹.

Conforme destacou o Juiz Corregedor na motivação de sua decisão: “As celas inspecionadas possuem uma área útil de 21 metros quadrados. Nestas condições acomodam-se até 40 presos, alguns dormindo suspensos sobre os demais, em tecidos presos às paredes de modo a imitar uma rede de descanso. Os presos dormem amontoados, em condições muito favoráveis a desenvolver e disseminar doenças as mais variadas, como por exemplo enfermidades ortopédicas e doenças infectocontagiosas, além de psiquiátricas por ausência de repouso. Registrou-se, aliás, uma epidemia de tuberculose na unidade prisional. (...) A pena – em tais condições – nada previne. Pior. Ao castigar, o faz de forma

degradante e cruel, (...) tornando sem sentido todo o trabalho desenvolvido pelas polícias, representantes do Ministério Público, defensores e magistrados, e colocando a sociedade à mercê de indivíduos que um dia ganham sua liberdade sem mínima capacidade de adaptação social. A Lei de Execução Penal foi prevista para ser aplicada em condições ideais, isto é, presumindo-se que a dignidade da pessoa humana detida está sendo preservada. Ora, na medida em que o preso é obrigado a dormir em uma cela superlotada, muitas vezes no banheiro, outras na parede (como alpinistas, amarrando tecidos) ou embaixo de uma cama de concreto, com precária assistência à saúde, resta claro que houve total desvirtuamento do sistema de justiça penal da execução – que a ninguém recupera – e põe abaixo a idealização prevista na Lei de Execução Penal, já que não se pode exigir mérito comportamental daquele que não tem seus direitos minimamente assegurados para cumprir sanções penais”.

Embora tenha sido prolatada como a primeira de uma série de outras tantas decisões voltadas à regularização das unidades prisionais paulistas, a decisão mencionada foi logo reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o argumento da falta de condições materiais do Estado para regularizar prontamente as questões apontadas, permitindo-se a perpetuação da situação degradante do sistema carcerário. Na verdade, a tolerância generalizada às condições inumanas dos estabelecimentos prisionais tem o efeito de transmutar (como se isso fosse possível) direitos humanos, a começar pela própria dignidade dos presos, em meras regras programáticas, submetidas a um juízo de

conveniência e de oportunidade pelo Estado, que sempre tem outras prioridades de investimento social⁸².

De outro lado, se não há estrutura carcerária suficiente para abrigar indivíduos que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado, também não existem vagas disponíveis para possibilitar a progressão do cumprimento da pena a regimes menos rígidos (semiaberto e aberto), conforme garante a Lei de Execução Penal para o fim de atingir a reintegração social do condenado. Assim, boa parte dos apenados acaba cumprindo a pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado, embora tenha já preenchido os requisitos legais (fração de cumprimento da pena e ausência do cometimento de faltas disciplinares) para a progressão de regime. Nesses casos, apesar de a Suprema Corte brasileira ter recentemente firmado entendimento no sentido de permitir ao condenado que aguarde a disponibilidade de vaga no regime semiaberto em regime menos gravoso (regime aberto ou prisão domiciliar)⁸³, verificam-se diversas decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais em sentido contrário, lastreadas numa visão punitivista irracional.

Digna de menção, a título ilustrativo, é a seguinte decisão do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Este Tribunal tem vezes sem conta afirmado que circunstancial inexistência de vaga em estabelecimento adequado ao regime intermediário constitui motivo de força maior, significando dizer que a coação não apresenta jaça de ilegalidade. O Douto parecerista recomenda seja o paciente remetido imediatamente ao regime semiaberto, mas, se eventualmente inexistente, nesta altura, vaga em estabelecimento

apropriado, fazer o quê? É necessário ter bem claro na mente que todas as medidas judiciais estão subordinadas ao princípio da exequibilidade ou factibilidade. Bem – dir-se-á, nesse caso a solução está em autorizar um salto do regime fechado para o aberto, violentando o sistema progressivo. No entanto, é mister ter bem nítido no espírito que a prematura inserção no meio social de condenado por grave delito constitui ominoso insulto lançado à face da população trabalhadora e ordeira, porque precoce prisão ‘domiciliar’ para autor de roubo tem o sabor, a cor e o odor de execrável impunidade! Sirva a ocasião, mais, para dizer que a prematura reinserção de condenado no convívio social não pode ser concedida a pretexto de que é ‘problema do Poder Executivo’ criar número suficiente de vagas no sistema do regime intermediário; na verdade, o problema não é deste ou daquele Poder; o problema é da sociedade ordeira que não quer, não pode e não deve ser constrangida a aceitar a precoce reintegração de condenado por grave delito; não é lícito ao Juiz deixar-se hipnotizar por suposto direito do condenado a determinado regime a cerrar os olhos às implicações de sua decisão; julgar não é um exercício lúdico de autocomprazimento, uma prática de onanismo intelectual, um divertimento acadêmico, óptica sob a qual as repercussões sociais da sua decisão seriam irrelevantes; investido de jurisdição pela sociedade organizada em Estado, o Magistrado não pode ficar olímpicamente alheio aos reflexos sociais de suas manifestações. Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”⁸⁴.

Sob outra perspectiva, ressalta-se que os desdobramentos da superpopulação prisional espelham a ausência do Estado na

execução da pena, suprida na prática pelos líderes do crime organizado, que proveem informações, remédios, visitas e sustento aos presos e suas respectivas famílias. A partir do instante em que o detento comum vislumbra no líder de uma facção criminosa seu único referencial de segurança e de expectativa social, a ele prestará obediência. Diante da própria debilidade do Estado, tem-se então o fortalecimento do crime organizado no Brasil, que, como é sabido, caracteriza-se pela origem e desenvolvimento justamente no interior do sistema prisional.

Diante do crescimento das organizações criminosas, do aumento da violência no interior das prisões abandonadas pelo Poder Público e da generalização dos movimentos de rebelião, surgiu no ano de 2003 como uma resposta política de caráter emergencial a introdução do Regime Disciplinar Diferenciado, que sujeita condenados e até mesmo presos provisórios ao absoluto isolamento celular por vinte e duas horas diárias durante um período de 360 dias, prorrogáveis por até 1/6 do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta⁸⁵.

Nos termos da Lei Federal n. 10.792/03, que alterou os artigos 52 e 53 da Lei de Execução Penal, "a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório ou o condenado ao regime disciplinar diferenciado". Do mesmo modo, "o regime disciplinar diferenciado poderá abrigar presos provisórios ou condenados que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade" e "está igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso

provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Sob aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, a nova norma penal invade de forma ilegítima a fase executória da pena privativa de liberdade, inaugurando um novo tipo de regime carcerário, de absoluto rigor que rompe a lógica disciplinar executória. Como iniciativa de cunho punitivista-instrumental que busca demonstrar ao público segurança e severidade, a despeito do caos que assola o sistema prisional brasileiro⁸⁶, o Regime Disciplinar Diferenciado tem levado os presos a ele submetidos a quadros psiquiátricos graves e irreversíveis, bem como à depressão e até mesmo ao suicídio.

Em razão disso, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça publicou, em 10 de agosto de 2004, parecer sobre a Lei Federal n. 10.792/03, concluindo por sua incompatibilidade com as normas nacionais e internacionais acerca dos direitos humanos⁸⁷, haja vista a arbitrariedade de sua imposição a qualquer preso, em decorrência da vagueza dos requisitos legais estabelecidos, bem como os efeitos negativos de sua excessiva duração, a equiparar a medida à prática de tortura.

Está-se, novamente, diante de medida simbólica do Estado, que busca satisfazer, ainda que de forma aparente, a pretensão social de segurança por meio da eleição e isolamento de inimigos sociais, ao invés de adotar medidas efetivamente voltadas à recuperação do sistema prisional brasileiro. O custo assumido nesse

caso é a ainda maior degradação do cárcere, impossibilitando a reinserção social dos condenados, e, antes de tudo, a violação aos direitos fundamentais de indivíduos que, mesmo presos, continuam a pertencer à mesma sociedade que os segrega.

VI LIMITES PARA UMA INTERVENÇÃO PENAL RACIONAL: DISCURSO DE RESISTÊNCIA

A discussão em torno dos direitos humanos como limite racional à intervenção penal, a partir da constatação da expansão do Direito Penal em resposta à crescente sensação social de insegurança, parece remeter ao questionamento sobre a capacidade desse incremento da proteção da sociedade ante os novos riscos de limitar ou, ao contrário, de aumentar a liberdade dos indivíduos que a conformam⁸⁸. Em outras palavras, indaga-se se segurança e liberdades individuais constituem interesses em conflito ou, ao contrário, a síntese no âmbito de uma concepção de liberdade que tem na segurança um de seus pressupostos.

Para diversos autores, tais como Hassemer, Herzog e Prittwitz⁸⁹, a flexibilização de direitos e liberdades fundamentais por meio da modificação de critérios dogmáticos e garantias político-criminais não soa legítima, mesmo diante de pretensa proteção da sociedade ante novos riscos. O Direito Penal apenas é apto a atingir a eficácia perseguida se, antes, puder ser considerado um instrumento de controle social formal legítimo, o que depende da observância de limites fundamentais, na linha do contrato social de Rousseau.

A par desse posicionamento, outro setor da doutrina, a exemplo de Corcoy Bidasolo⁹⁰ e Schünemann⁹¹, sustenta a ideia de que a liberdade do indivíduo apenas pode ser assegurada por meio da prevenção penal de riscos⁹². Assim, a limitação do Direito Penal à intervenção na esfera de liberdade individual apenas nos casos de lesão de bens jurídicos pessoais soaria equivocada, antes de mais nada em razão de o livre desenvolvimento ou a autonomia da pessoa dependerem não só da proteção de interesses estritamente individuais, mas também da tutela de interesses supraindividuais.

Em primeiro lugar, cabe observar que nem sempre a expansão do Direito Penal pode ser socialmente justificável, na medida em que não raras vezes referida intervenção se mostra inútil, incapaz de atingir a finalidade protetiva proposta. Assim, o Direito Penal não pode ser confundido com a política pública em geral, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, para o fim de suprir ou retificar falhas do próprio Estado.

A partir da verificação da utilidade social do Direito Penal, caso se possa chegar a essa constatação em cada uma das hipóteses específicas, a tensão entre direitos e liberdades individuais e segurança deve ser retomada de modo mais focado, num contexto complementar, e não necessariamente excludente. E, nessa esfera, não se revela mais possível o contentamento com construções puramente normativistas.

Se se puder entender o Direito Penal como instrumento subsidiário de controle social formal, voltado à proteção de interesses fundamentais dignos de tutela, ter-se-á como reflexo do

conteúdo material do delito uma condição de vida que afeta a autonomia e o livre desenvolvimento do indivíduo no sistema social. A ideia de liberdade individual ou autonomia reflete, portanto, a base de justificação e legitimidade da intervenção jurídico-penal.

Essa constatação não deve permitir, contudo, que o Direito Penal busque uma proteção da vítima, ou da sociedade em geral, seguindo a máxima eficácia ou prevenção possível⁹³. De fato, a evolução do Direito Penal é marcada justamente pela neutralização da figura da vítima⁹⁴ e, assim, da própria ideia de vingança privada, o que orientou todo o desenvolvimento da teoria geral do delito e deve continuar a fundar a política criminal, malgrado os discursos políticos voltados à vitimização social e ao endurecimento da intervenção jurídico-penal. Não se nega, com isso, a importância da recente “redescoberta” da vítima na esfera penal, para efeito de reparação do dano ou mesmo no âmbito da denominada Justiça Restaurativa, cujos resultados positivos parecem atender ao ideal de prevenção, sem violar direitos ou garantias fundamentais do agente do delito. O que se deve evitar é a perda da visão do Direito Penal como instrumento de defesa dos indivíduos ante a intervenção coativa do Estado, passando-se da concepção de “magna carta do delinquente” à “magna carta da vítima”⁹⁵, que provoca a oposição social a quaisquer medidas penais que reconheçam os direitos individuais do agente do delito, tais como as penas que não implicam a privação da liberdade, atualmente consideradas pela sociedade vitimizada como formas de impunidade.

Portanto, mesmo a busca do ideal de segurança e eficácia deve limitar-se a partir da concepção de liberdade e direitos individuais, pois o excessivo intervencionismo em matéria penal implica a adoção de modelo político autoritário que impede o livre desenvolvimento e a autonomia do indivíduo. Então, se não se pode efetivamente exercer a liberdade sem uma certa segurança, de nada vale referida segurança sem que os indivíduos que compõem o grupo social possam exercer sua liberdade⁹⁶. Aliás, não se demonstrou por meios empíricos que um aumento das garantias e direitos individuais redunde necessariamente em detrimento da eficácia jurídico-

-penal⁹⁷. Assim, deve-se continuar a deixar ao Direito Penal o espaço de intervenção mínima imprescindível à convivência social harmônica.

Essa necessária revisão do modelo de intervenção jurídico-penal, a partir da orientação constitucional, haverá, outrossim, de abandonar concepções meramente garantistas sob o ponto de vista formal⁹⁸, para abranger, em um contexto pluralista, a complexidade das relações sociais e os espaços de conflito a fim de garantir materialmente a reafirmação dos direitos humanos em matéria penal.

VI CONCLUSÃO

Os direitos humanos constituem o marco fundamental do correto funcionamento e da própria legitimidade do Estado, havendo entre ambos uma relação de interdependência, na medida

em que a luta pelo reconhecimento dos direitos humanos nas primeiras declarações dos séculos XVII e XVIII não teria passado do nível metafísico ou moral se estes não tivessem sido reconhecidos nos ordenamentos jurídicos, de um lado, e o modelo de Estado só pôde evoluir na medida em que se conquistaram e se reconheceram novas categorias de direitos fundamentais, de outro. Dessa forma, não se pode entender o Estado Democrático de Direito sem estabelecer seu conteúdo e significado a partir dos direitos inerentes a todos os indivíduos que o conformam.

A partir do necessário reconhecimento dos direitos humanos ante a intervenção penal, o maior desafio para o estabelecimento de limites do *ius puniendi* estatal reside na compreensão das transformações nos sistemas de controle social, conforme se verifica na atualidade. Qualquer tomada de postura penal deve evitar o que Lothar Kuhlen denomina “excessos teóricos”, pois essas posturas, mesmo diante de todas as possibilidades oferecidas de informação e argumentação referidas aos mais diversos temas, como em matéria da própria efetividade do Direito Penal, dependem, em qualquer caso, de valorações em relação às quais os penalistas não têm nenhum acesso privilegiado⁹⁹.

Não há dúvida de que o Direito Penal deve manter seus laços com a evolução social e as transformações daí advindas. A questão fundamental é saber se para esse desenvolvimento deverá o Direito Penal perder, ou não, suas características tradicionais. Não parece adequado entender o conjunto de garantias e princípios fundamentais como meros formalismos ultrapassados, e sim – e ainda o são – como critérios mínimos de legitimidade da

intervenção penal, independentemente de qualquer exigência de modernização ou de eficiência simbólica.

Direitos humanos não conflitam com a ideia de um Direito Penal eficaz, e sim o justificam e delimitam, já que esse sistema jurídico é voltado à própria proteção do indivíduo diante da intervenção do Estado. Dessa forma, mesmo a busca por uma maior proteção ou segurança social não justifica a violação de direitos fundamentais, sob pena de converter o Direito Penal em instrumento autoritário de controle político¹⁰⁰. E, conforme largamente demonstrado através da história, não seria mesmo o Direito Penal, qualquer que seja sua configuração política, o instrumento de controle social mais adequado à eliminação dos problemas da sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Sobre el derecho penal y su racionalidad. In DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (coord.). *Teoría de sistemas y derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Derechos humanos y derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, Santiago de Compostela, 1987.

BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Trad. Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema, 1991.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte general – I. Introducción*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999.

_____. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.). *La política criminal en Europa*.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: BdeF Editorial, 2007.

_____. *Política criminal y derecho penal. Estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Madrid: Trotta, 2003.

DURKHEIM, Emilie. *Regras ao método sociológico*. 8. ed. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andréa Greppi. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado)*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.

GARDELLA, Juan Carlos. Derechos humanos, desarrollo y violencia en América Latina y Caribe. In BARBERO SANTOS, Marino (coord.). *La violencia en la sociedad actual*. Madrid: Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1982.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid: Edisofer, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prologómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GRECO, Luis; SCHÜNEMANN, Bernd. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados 'casos de bomba-relógio' e comentário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 78, maio-junho de 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Fatigada y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4. ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1994, n. 6.

_____. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. In ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (coord. da versão alemã). Muñoz Conde, Francisco (coord. da versão espanhola). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. Seguridad por intermedio del derecho penal. In *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora Maria del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Viejo y nuevo derecho penal. In HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.). *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo. Noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KUHLEN, Lothar. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo (comentário). In ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (coord. da versão alemã). Muñoz Conde, Francisco (coord. da versão espanhola). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Trad. da 20. ed. alemã por Luis Jiménez de Asúa. 4. ed. Madrid: Editorial Réus, 2007. t. II.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Execução penal e falência do sistema carcerário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 29, São Paulo, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. 4. ed. Valencia, 2003.

_____. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. In CAMPO MORENO, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 11. ed. Stuttgart: K.F. Koehler Verlag, 1964.

REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. *Revista dos Tribunais*, v. 763, São Paulo, 1999.

_____. Avanços e retrocessos. In *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Liberdade e política. In *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Antropos, 2005.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

_____. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. In SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Viejas y nuevas tendencias político-criminales en las legislaciones penales. In BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; SANZ MULAS, Nieves (Coord.). *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*. Granada: Comares, 2005.

A culpabilidade na dogmática penal

1 Contextualização do tema: objeto da investigação e dimensões do estudo

2 A culpabilidade como princípio

3 A culpabilidade na teoria do crime

4 Conclusões

Cláudio Brandão

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Coordenador da Faculdade Damas da Instrução Cristã – Recife. Professor visitante da Universidade de Coimbra (Doutoramento de Altos Estudos Contemporâneos) e da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa).

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA: OBJETO DA INVESTIGAÇÃO E DIMENSÕES DO ESTUDO

A culpabilidade é um juízo de reprovação que se faz sobre uma pessoa, censurando-a em face do Ordenamento Jurídico-Penal. A culpabilidade, por conseguinte, tem como objeto a realização de um juízo negativo sobre o homem.

Essa definição é corrente na doutrina penal, quer nacional, quer estrangeira. A origem dessa definição reside na dogmática alemã, a qual ganhou tanto eco que influenciou a maior parte dos sistemas normativos ocidentais. A definição da culpabilidade por essa dogmática pode ser traduzida na sentença do Tribunal Federal

Alemão (*Bundesgerichtshof*), que a identificou como um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o Direito, optou por se comportar contrário ao Direito, *in verbis*: “A pena requer a culpabilidade antes. A culpabilidade é reprovabilidade. Com o desvalor da culpabilidade se censura ao autor por não haver se comportado conforme o direito, não tendo se decidido por ele, quando podia se comportar conforme a ele, quando podia se decidir por ele”¹.

Nisto reside a singular diferença entre a culpabilidade e os demais elementos que integram e formam o crime: a culpabilidade é o único elemento que versa sobre a pessoa humana. Por isso já se disse, desde o século XIX, a partir da obra de Von Liszt, que o progresso do Direito Penal é medido pelo aperfeiçoamento da culpabilidade².

Com efeito, caso o Direito Penal prescindisse da Culpabilidade, não haveria um instituto específico que versasse sobre a reprovação da pessoa, e o homem, em vez de ser considerado como destinatário do próprio fim do Direito Penal, seria posto em segundo plano, posto que nenhum conceito versaria diretamente sobre ele.

Para chegarmos ao âmago da culpabilidade não podemos perder de vista que ela é um juízo de reprovação sobre a pessoa. Somente poderemos compreendê-la em sua totalidade, portanto, se situarmos a própria conceituação de pessoa dentro do Direito e, mais detidamente, no Direito Penal.

O gênio do povo grego não atribuiu o caráter de Homem a todo o ser com o patrimônio genético semelhante ao do que hoje se chame de *ser humano*.

Aristóteles, ao formular os seus conceitos, utilizava-se de um caminho lógico: dizia o gênero e a diferença específica. Não foi diferente quando ele conceituou a pessoa humana. Segundo Aristóteles *O homem é um animal político*. Eis aí o gênero: ser animal; eis aí a diferença específica: a participação na política.

Isso significa que somente tem o caráter de humano aquele que participa da *polis*, não se estendendo a humanidade a todos os seres com o patrimônio genético semelhante ao do ser humano, conforme foi dito. Caso o ser não participasse da *polis*, poderia ser supra-humano, sendo um ser divino, ou no dizer aristotélico, tendo a natureza de ato puro, ou seria subumano, sendo escravo ou estrangeiro³.

Decerto, se a ideia de pessoa humana só existe em função da participação na *polis*, não se pode afirmar que os gregos conheceram o conceito de culpabilidade, enquanto juízo de censura sobre a pessoa humana. Com efeito, nem sequer em germen o conceito hodierno de pessoa foi aí aventado.

A origem da ideia atual de pessoa deita suas raízes na Idade Média. E é a filosofia cristã que dará o norte desse pensamento: não se reconhecerá o ser humano por ele integrar a atividade política do Estado, mas por ele ser uma criatura feita à imagem e semelhança de Deus e ser o objeto do amor divino. Deve-se

ressaltar, contudo, que a extensão temporal deste período – durou cerca de mil anos – fez com que a relevância atribuída à pessoa humana estivesse ligada a um processo de avanços e retrocessos, onde ora se reconheceria essa dignidade, ora se fazia concessões – movidas provavelmente pelos interesses políticos da Igreja Católica – que atenuam a relevância da figura humana considerada em sua dignidade.

A base da filosofia cristã encontra-se na vida. O próprio Jesus Cristo faz dela o conteúdo de sua missão. Conforme se extrai do Evangelho, o Cristo assevera: “Eu vim para que todos tenham vida e a tenham em abundância”.

E o próprio Jesus Cristo que afirma, ainda, que ele dá a verdadeira vida para os homens: “Eu sou o caminho, a verdade e a vida, ninguém vai ao Pai senão por mim”.

E o Cristo afirma, ainda, que cada pessoa considerada em sua individualidade é um ser integrante dos planos divinos, conforme Ele disse: “O desejo do Pai é que nenhuma alma se perca”.

Assim, enfatize-se, o cristianismo muda o paradigma: cada ser humano é importante por si mesmo, independentemente da sua pertença ao Estado, já que é uma criatura feita à imagem e semelhança de Deus. Para que se alcance essa dignidade é requisito que a pessoa tenha nascido, portanto, que tenha tido vida.

As ideias cristãs de vida e pessoa ecoaram por toda filosofia ocidental desde aquela época, firmando suas raízes. Com base nos ensinamentos bíblicos, o conceito de pessoa se desenvolveu: seria pessoa todo aquele ser com patrimônio genético humano que tivesse vida.

Com Santo Agostinho, unindo-se a interpretação da filosofia grega a conceitos bíblicos, notadamente aqueles dados por Paulo de Tarso, na sua Epístola aos Coríntios, as principais características da pessoa humana seriam reveladas. Não se cuida aqui de participação na política (como queriam os gregos) ou no direito (como queriam os romanos), mas se trata de identificar as características de todo o ser nascido de uma mulher que possuísse vida. Ditas características fundamentais eram três: a liberdade, a razão/ consciência e a vontade.

O conceito de vontade de Santo Agostinho tem origem teológica, sendo apresentado como realidade que se conquista a cada ato humano. No ato, busca-se sempre o que a consciência/razão indica como *melhor*, segundo a concepção do ser; e é nessa busca pelo melhor que intervém a vontade. A vontade será fundamental no homem, porque a construção da ordem do ser é dinâmica e é formada pelo livre-arbítrio da vontade. É a vontade que possibilita ao homem fazer uso das coisas, pelo agir. No diálogo sobre o livre--arbítrio, assim se posiciona Santo Agostinho: "Ou ter-te-ás esquecido de que, quando investigamos cerca das realidades que se conhecem por meio da razão, reconheceste também que é pela razão que reconhecemos a própria razão? Portanto, se é pela vontade livre que fazemos uso de

tudo o mais, não te deves admirar que seja também pela própria vontade livre que dela possamos fazer uso. De algum modo, é a vontade que, quando faz uso de tudo o mais, faz uso também de si mesma, tal como a razão, que conhece tudo o mais, também se conhece a si mesma”⁴.

A liberdade será considerada pelo filósofo como um atributo da vontade, pois a referida vontade será livre, se escolher o Bem, porque o mal a escravizará.

A partir daí abriu-se o caminho para a conceituação de pessoa que temos nos dias atuais. Todavia, nessa nova conceituação de pessoa, não se pode esquecer, para os fins penais, o legado dos romanos. Antes de tudo é necessário se verificar se o sujeito é capaz, já que aos loucos e aos infantes era excluída a responsabilidade penal⁵. A capacidade, pois, deve ser considerada como pressuposto da liberdade, da consciência e da vontade.

É por conta da inserção do conceito de pessoa no Direito Penal que a culpabilidade se sobressai dentre os elementos que compõem o conceito de crime. Todavia, também não é possível perder de vista que a culpabilidade é apontada também como um dos Princípios fundamentais do Direito Penal.

Por conseguinte, para se formular a conceituação de culpabilidade em todas as suas dimensões é necessário estudá-la em um duplo viés: como princípio do Direito Penal, de um lado, e como elemento da teoria do crime, de outro.

2 A CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO

É corrente na doutrina estabelecer-se que a culpabilidade é um princípio. Veja-se, por todos, a advertência de Pagliaro, para quem “o princípio da culpabilidade é um dos pontos fundamentais do direito penal italiano. Isto indica uma exigência ética, na base da qual deve considerar-se vedado ao legislador prever a punição dos fatos que não são expressões do homem como ‘pessoa’”⁶.

Contudo, a culpabilidade como princípio somente pode ser compreendida se for analisada à luz do método do Direito Penal.

Por método se entende o caminho para a investigação de um objeto. É, pois, o método, o instrumental que se traduz nos cânones para possibilitar as investigações das evidências apreendidas sobre algum objeto e a conseqüente formulação de enunciados que tornem o referido objeto conhecido.

O direito penal que rompe com o arbítrio e se preocupa com a pessoa humana é relativamente recente. Foi somente com o iluminismo, mais precisamente a partir da obra de Beccaria, na segunda metade do século XVIII, que foi aventada de forma sistemática a necessidade de limitar o *jus puniendi* do Estado; o primeiro instituto que o milanês apresentou para que tal desiderato fosse alcançado foi o Princípio da Legalidade⁷. No início do século XIX, em 1801, Anselm von Feuerbach sistematizou o Princípio da Legalidade, com a formulação da teoria da coação psicológica, segundo a qual a tutela de interesses, que é o fim do direito penal, deve ser realizada a partir de uma coação psicológica, feita a partir da publicização da pena que será imputada a cada crime, o que

acarretaria a retração das condutas que violassem os interesses protegidos pelo Direito Penal. Como o instrumento adequado para dispensar tal conhecimento é a lei, esta última ocupará um papel exponencial neste ramo do Direito, pois não haverá crime sem lei (*nullum crimen sine lege*), pena sem crime (*nulla poena sine crime*), nem haverá crime sem a tutela legal de um interesse (*nullum crimen sine poena legali*)⁸. Tais máximas foram consubstanciadas no brocárdio *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege*.

Nesse panorama pode-se compreender o método inicialmente apregoado pelo iluminismo, onde a lei e a legalidade tinham uma particular significação. Segundo Engisch: “Houve um tempo em que tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo”⁹.

Com efeito, como a legalidade era a mais importante limitação ao poder de punir do Estado, o método defendido à essa época para o Direito Penal era o *silogístico*, traduzido num processo de subsunção lógica onde a lei era a premissa maior, o caso era a premissa menor e a conclusão do processo seria a adequação do caso à lei.

Tal método, que por força do positivismo jurídico, cujo maior expoente é Kelsen, foi muito presente no século XIX e na primeira metade do século XX, apresentou uma significação altamente

benéfica no início de sua aplicação. A história mostra inúmeros exemplos através dos quais se pode comprovar a aplicação do direito penal como um instrumento para acomodar as situações desagradáveis aos detentores do poder político, traduzindo--se num instrumento de arbítrio estatal. Com o silogismo, o que não estivesse previsto como crime na lei seria penalmente indiferente, não se podendo, destarte, aplicar-se retroativamente o Direito Penal, nem a analogia para incriminar condutas.

Isto posto, a ideologia da lei e o método silogístico representaram a primeira garantia do Homem em face do poder de punir. Dita garantia constitui-se, até hoje, na base do Direito Penal liberal.

Deve-se aqui, antes de tudo, trazer-se à colação a advertência de Bettioli e Mantovanni sobre a conceituação anteriormente posta. Sob a denominação Direito Penal liberal não se encontra um conjunto homogêneo de doutrinas, mas sob um certo aspecto se encontram mesmo doutrinas contrastantes entre si, que são reunidas por possuírem um ponto em comum: a limitação ao poder de punir do Estado. Em contraposição ao Direito Penal liberal encontra-se o Direito Penal do terror, que tem por característica a não limitação do *jus puniendi* estatal e a não garantia, via de consequência, do homem em face do poder de punir¹⁰.

Como sabido, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a legalidade dos crimes e das penas é uma garantia fundamental, inserida em quase todas as constituições

democráticas ocidentais, donde se encontra a Constituição Federal de 1988 brasileira. Essa garantia fundamental traduzida na multirreferida legalidade é a maior característica do Direito Penal liberal.

Por conseguinte, infere-se que o silogismo legal integra o método do Direito Penal liberal, posto que é através dele que se realiza a principal limitação do poder de punir, assegurando-se ao Homem um anteparo ante o poder do Estado.

Todavia, a compreensão silogística, desde a crise do positivismo, mostrou-se como um elemento necessário, mas não suficiente, para se apreender o método do Direito Penal.

É que no Direito Penal muitos casos se resolvem até mesmo contra a lei, o que comprova a insuficiência do método proposto. Por exemplo, traga-se à colação o crime do art. 229 do Código Penal. Dito crime – casa de prostituição – tipifica a conduta de manter por conta própria ou de terceiro local especialmente destinado à manutenção de atos libidinosos, haja ou não intuito de lucro, haja ou não mediação direta de proprietário ou gerente. Ninguém que viva na nossa sociedade questiona que os estabelecimentos conhecidos como motéis existem para proporcionar a realização de atos de natureza sexual, e que nesses locais existe, ademais, tanto o intuito de lucro quanto a mediação de proprietário ou gerente. Se na década de setenta do século passado o Supremo Tribunal Federal decidiu, pelo método da subsunção lógica, que as pessoas que mantinham os motéis deveriam responder por casa de prostituição, diferente é a

aplicação hodierna do direito penal. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, tem decisão que não reconhece o crime em tela – no caso dos motéis – dentre outras coisas porque não se pode fechar os olhos para a drástica modificação dos costumes por que passou a sociedade de 1940, época da lei, até os dias atuais¹¹. Por óbvio, para dar tal decisão, não se utilizou o silogismo, que conduziria inevitavelmente à condenação.

Com efeito. Com a crise do positivismo, o seu método também entrou em crise por revelar-se insuficiente.

Foi nos anos cinquenta do século XX que um jusfilósofo alemão, chamado Theodore Viehweg, chama-nos atenção para a *tópica*. Tópica é a compreensão dos fatos. Segundo a tópica, a decisão tem que ser tomada a partir de uma interpretação universal da totalidade do acontecer, ou seja, de uma história compreendida.

Para o método tópico, deve-se fazer um processo semelhante ao dos romanos para chegar-se a decisão jurídica: os romanos consideravam o Direito uma arte, porque o pretor em caso concreto construiria a decisão boa e justa. É essa a definição de Celso: *Ius ars boni et aequi*. A tópica defende, pois, que a decisão deve brotar sempre do caso em si.

No último capítulo de sua obra, Viehweg aponta o papel fundamental da retórica para a sua teoria. É a retórica que desenvolve a tópica, na medida que ela justifica a decisão. Por óbvio, os sinais linguísticos são fundamentais para a argumentação

em face do caso, mas a retórica não é formada somente por eles, já que ela também leva em conta a semântica e a pragmática. Por conseguinte, a retórica que constrói a decisão a partir do caso se assentará em três pilares: a sintaxe, a semântica e a pragmática. “Na sintaxe: se diz a relação dos sinais com os outros sinais, semântica: a relação dos sinais com os objetos, onde sua designação é afirmada, e a pragmática: a relação situacional (*der situativ Zusammenhang*) onde os sinais são usados entre os interessados”¹².

Entretanto, a tópica em si mesma é tão radical quanto o positivismo. A ideologia da lei trouxe um grande benefício à aplicação do direito, conforme declinado acima, e não pode ser simplesmente afastada em favor da análise do caso concreto.

Nesse sentido, a filosofia pós-positivista busca um equilíbrio entre o silogismo e a tópica, reconhecendo que o Direito admite uma superposição entre duas esferas: a esfera da compreensão da norma, de um lado, e a esfera da compreensão do fato, de outro, levadas a cabo pelo ser historicamente presente, pelo procedimento argumentativo. Esse método é chamado de tópicohemenêutico.

Usa-se, portanto, no método penal, a lei e a compreensão do caso.

A lei é o limite negativo, isto é, não se admite a incriminação do que está fora dela, já que a mesma tem por função dar a

garantia do homem em face do poder de punir, conforme se apregoava desde o iluminismo.

O caso dá o limite positivo, podendo ser utilizado como um meio para justificar uma decisão que aumente o âmbito da liberdade, isto é, que seja *pró-libertatis*. Como a finalidade da legalidade foi garantir a liberdade do Homem em face do poder de punir, conforme discorrido acima, a tópica é teleologicamente conforme a legalidade, não havendo nenhuma incompatibilidade entre elas. Com efeito, são possíveis decisões não baseadas no silogismo, pela importância que deve ser dispensada ao Homem. Isto, em verdade, representa o cumprimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que no caso brasileiro tem sede constitucional. Só se valoriza o homem a partir da compreensão do caso, que traduz a sua história real, que é única e irrepetível.

O princípio da culpabilidade, que traduz a responsabilidade penal do Homem, condiciona o método do Direito Penal porque é um dos mecanismos para o sopesamento do caso no processo da decisão e da argumentação jurídica, possibilitando a própria realização da tópica, que para garantir o respeito à dignidade humana pode superar o silogismo, assegurando, em determinados casos, decisões até mesmo *contra legem*.

Quando se reconhecem, por exemplo, causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, que é causa de exclusão da culpabilidade, reconhece-se a insuficiência do silogismo legal, que por óbvio não contempla tais causas, valorizando-se o homem pelo reconhecimento de circunstâncias concretas que devem afastar a

aplicação do tipo penal. Isto é, pois, o uso da tópica para aumentar a liberdade, o que confirma que o homem é um ser reconhecido em sua dignidade no Direito Penal, sendo, no âmago, o próprio fim desse direito.

Eis aí a fundamentação da culpabilidade como princípio.

3 A CULPABILIDADE NA TEORIA DO CRIME

A dogmática penal é composta por três pilares: a Teoria do Crime, a Teoria da Pena e a Teoria da Lei Penal. A Teoria do Crime, entretanto, desenvolveu-se muito mais do que as outras e isso se deu para o Direito Penal ganhar o *status* de ciência. Com efeito, era necessário que a ação criminosa tivesse características específicas, próprias da seara penal, para que esse Direito tivesse um objeto individualizado em relação aos demais ramos do Ordenamento Jurídico.

A Teoria do Crime foi construída a partir da dogmática penal alemã, que elaborou conceitos que ganharam eco em grande parte do mundo ocidental, definindo-se o crime a partir de três elementos, a saber: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Parafraseando Jescheck, a estruturação do crime em três graus: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade se acham conectados entre si numa ordem sistemática¹³. Esses elementos fazem com que se possibilite a interpretação do delito, facilitando-a, e faz também com que se diminua o espaço de arbitrariedade do aplicador.

Enquanto a tipicidade e a antijuridicidade são juízos acerca da conduta, a culpabilidade é um juízo sobre o autor da conduta. Passemos, pois, para a análise da culpabilidade.

O conceito de culpabilidade não foi unívoco ao longo da construção das ideias penais. Após a consolidação dos institutos romano e medieval, o positivismo buscou dar um caráter de cientificidade – segundo o seu critério de ciência, ressaltou-se – e criou, dessarte, a Teoria Psicológica da Culpabilidade.

Essa Teoria, cuja metodologia se baseava em leis gerais e universais, válidas independente do binômio espaço-tempo, aproximava o Direito das ciências da natureza (*v. g.*, a física, a química). Por isso, o conceito de culpabilidade foi despido de qualquer elemento normativo, sendo mais próximo da Psicologia que do próprio Direito.

Para a Teoria Psicológica, a culpabilidade é o vínculo psíquico que liga o autor ao resultado, sendo traduzido, por conseguinte, numa relação de causalidade psíquica. A referida causalidade psíquica pode apresentar-se de duas formas: primeiramente na forma dolosa, que é a causação voluntária do resultado; segundo na forma culposa, que é a causação involuntária do resultado.

Sobre essa teoria, expõe conclusivamente Asúa: “la culpabilidad se agota enternamente con la consideración de los presupuestos psicológicos que, con la característica del injusto que ostenta el acto, fundamenta la pena. Esos presupuestos de índole exclusivamente psicológica son el dolo y la culpa. (...) Sólo la

psique del autor debe considerarse para esa teoría de la culpabilidad”¹⁴.

Como se vê, na Teoria Psicológica não há nenhum elemento normativo, mas somente elementos naturalísticos, que, por óbvio, não são criados pela norma, mas aproveitados do mundo real pelo Direito, em face da observação controlada dos fatos.

Tal Teoria não durou muito tempo no Direito Penal, aliás o próprio positivismo jurídico, donde decorre a metodologia aplicada por essa corrente (a observação controlada dos fatos) entrou numa crise progressiva, a partir do século XIX. Isto posto, foi por conta da crise do positivismo que a metodologia já referida, que expurgava do Direito os conceitos que dependiam de um juízo de valor, por não possuírem as características de generalidade e universalidade, foi rechaçada.

Com o advento da metodologia normativa, que suplantou a positivista, a culpabilidade mudará completamente de figura, conforme se verá. Ela deixou de ser uma realidade psíquica e passou a ser considerada um juízo jurídico. Nesse sentido se posiciona Mezger, afirmando que “A culpabilidade jurídico-penal, deve-se constatar, não é uma situação de fato psicológica, ao invés é uma situação de fato valorizada normativamente, definindo-se como concepção normativa da culpabilidade”¹⁵.

Assim, a culpabilidade deixou de estar na mente do agente e passou a estar no Estado, que possui a jurisdição e o Direito. Isso significa que a culpabilidade passará a ser uma censura que o

Ordenamento Jurídico fará sobre a pessoa. Eis aí o nascedouro do conceito hodierno de culpabilidade, que se amolda aos diplomas penais da maioria dos povos ocidentais. Surge, pois, a Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade, corrente que sucedeu ao positivismo.

Para a Teoria Psicológico-Normativa, a culpabilidade é um juízo de censura pessoal, feito a partir do reconhecimento dos juízos de: (1) imputabilidade, que traduz o juízo de sanidade mental e da maturidade do agente; (2) exigibilidade de um comportamento conforme o Direito, que verifica se houve a liberdade de opção do agente por se comportar de modo adequado ou não ao Direito; e (3) o dolo ou a culpa. Ressalte-se que o dolo presente na culpabilidade é um dolo que expressa a vontade aliada à consciência de antijuridicidade. Assim, fazem-se presentes dois elementos: um naturalístico – dito dessa forma porque é presente na natureza e não é criado pelo Direito –, que é a vontade, e um normativo, que só existe à luz do Direito, que é a consciência de antijuridicidade.

Com o advento do finalismo, na primeira metade do século XX, houve uma reestruturação na disposição dos elementos da Teoria do Delito.

A base do finalismo encontra-se na ação. Segundo essa corrente, *toda ação é dirigida a um fim*. É, pois, a finalidade que distingue a conduta do homem dos fenômenos da natureza.

Como toda ação é vontade dirigida a um fim, por óbvio a vontade dirigida a um fim é um elemento da ação. Ocorre que a

referida vontade dirigida a um fim é o dolo; isto posto, o dolo será um elemento da ação e não mais da culpabilidade.

Tudo isso implica dizer que o dolo é um elemento do tipo penal. Explique-se: o tipo é o modelo abstrato da ação/conduita humana e o seu núcleo é sempre um verbo (que conceitualmente é também conduta). Ora, se o tipo descreve a ação, de um lado, e se o dolo está na ação, de outro lado, logo se conclui que o tipo contém o dolo. Conclui-se, pois, que o dolo não se localiza mais na culpabilidade, mas se localiza no tipo.

Se a culpabilidade, na Teoria Finalista, não contém o dolo, urge perguntar: que elementos a integram?

O Finalismo traz a lume a chamada Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, que apregoa serem três os elementos formadores do juízo de reprovação da culpabilidade: a imputabilidade, a exigibilidade de outra conduta e a consciência de antijuridicidade¹⁶.

Na concepção anterior (Psicológico-Normativa), a consciência de antijuridicidade era integrante do dolo, ao lado da vontade. Quando o finalismo conceituou o dolo como vontade dirigida a um fim, ele modificou a estrutura do dolo anterior, a saber: o dolo que integraria a ação seria formado somente pelo elemento naturalístico vontade. A consciência de antijuridicidade, por sua vez, seria um elemento autônomo e independente, que integraria o conceito de culpabilidade¹⁷.

Assim, a concepção Finalista da culpabilidade será chamada de Teoria Normativa Pura, porque todos os seus elementos são

conceitos normativos, são juízos jurídicos. Em síntese: a culpabilidade será a censura feita sobre alguém pela concorrência simultânea da imputabilidade, da exigibilidade de outra conduta e da consciência de antijuridicidade.

Quando debruçamos a nossa análise sobre o Código Penal brasileiro, constatamos a nítida inspiração finalista desse diploma.

Com relação ao dolo, que é conceituado na sua forma normal – dolo direto – como vontade (art. 18, I: “*doloso, quando o agente quis o resultado*”...), verifica-se que ele se localiza no tipo e não na culpabilidade. Para provar essa assertiva basta analisar o art. 20 do diploma penal, que estabelece que o erro quanto ao elemento constitutivo do tipo legal do crime exclui o dolo. Decerto, se o erro de tipo exclui o dolo é porque o dolo se localiza no tipo.

Já a culpabilidade será composta por três elementos que devem concorrer simultaneamente. São eles: a imputabilidade, a exigibilidade de outra conduta e a consciência de antijuridicidade.

A imputabilidade no nosso Código é representada por um duplo juízo. Em primeiro lugar, é um juízo sobre a sanidade mental do agente, que poderá excluir a sua capacidade de autodeterminação ou de consciência (art. 26) e, em segundo lugar, é também um juízo sobre a maturidade em função da idade (art. 27).

A exigibilidade de outra conduta debruça-se sobre a liberdade do agente, que o reprovamos pelo mau uso da dita liberdade, a saber: o agente é censurado por ter escolhido se comportar

contrário ao Direito, quando podia se comportar conforme o Direito. A exigibilidade de outra conduta tem duas causas legais de exclusão: a obediência hierárquica e a coação moral irresistível (art. 22), mas sua exclusão será verificada também sempre que não houver liberdade de opção no caso concreto entre se comportar conforme ou contrário ao Direito, independentemente de previsão legal, porque esse elemento é uma decorrência do próprio conceito de culpabilidade. É nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça pronunciou, *in verbis*:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL.

– INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDOTA. CAUSA LEGAL E SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE, CUJA ADMISSIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO JÁ NÃO PODE SER NEGADA.

– JÚRI. HOMICÍDIO. DEFESA ALTERNATIVA BASEADA NA ALEGAÇÃO DE NÃO EXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA. POSSIBILIDADE, EM TESE, DESDE QUE SE APRESENTEM AO JÚRI QUESITOS SOBRE FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS, NÃO SOBRE MERO CONCEITO JURÍDICO.

– QUESITOS. COMO DEVEM SER FORMULADOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 484, III, DO CPP, À LUZ DA REFORMA PENAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA EXTIRPAR-SE DO ACÓRDÃO A PROIBIÇÃO DE, EM NOVO JULGAMENTO, QUESTIONAR--SE O JÚRI SOBRE A CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE EM FOCO”¹⁸ (Grifei)

Por fim, o outro elemento formador da culpabilidade é a consciência da antijuridicidade. Segundo o criador do finalismo, Hans Welzel, a maior consequência da sua teoria foi a estruturação desse conceito, pois se ele não se concretizar a culpabilidade do agente restará excluída por erro de proibição¹⁹.

A consciência de antijuridicidade pode se apresentar de duas formas: a forma atual e a forma potencial. Todavia, antes de chegarmos às formas da referida consciência de antijuridicidade, mister se faz conceituar o instituto.

Como a antijuridicidade e a lei são coisas diversas, a consciência de antijuridicidade não pode ser a mesma coisa que a consciência da lei. Aliás, registre-se que a redação do art. 21 do Código Penal é inequívoca no sentido de diferenciá-las. A antijuridicidade é um juízo de valor negativo sobre a conduta, que a qualifica como contrária ao Direito, isto posto, a consciência da antijuridicidade será sempre presente quando o indivíduo conseguir valorar negativamente sua conduta, isto é, puder representá-la como injusta, má, proibida. Como o Direito não é a única ordem valorativa da conduta humana, já que coexistem com ele a religião, a moral, os usos sociais, dentre outros, o agente pode valorar negativamente as condutas com base nas informações desses sistemas, quando o faz tem a consciência atual da antijuridicidade. Isto é a substância do que Mezger chamava de *valoração paralela na esfera do profano*²⁰.

Como dito, a consciência de antijuridicidade pode ser atual ou potencial. A atual é a que se faz presente na mente do sujeito

no curso intelectual da sua conduta; a potencial é a que não se faz presente, mas é exigível do agente, em face de um juízo de comparação do sujeito com uma pessoa normal, nas mesmas condições (culturais, sociais, econômicas, etc.), que a experiência mostra auferir dita valorização negativa (cf. o art. 21, parágrafo único, do CP).

Em síntese: a ausência da potencial consciência de antijuridicidade exclui a culpabilidade do agente no nosso sistema (art. 21 do CP).

4 CONCLUSÕES

Com a formulação do nosso conceito de pessoa, solidificaram-se os atributos fundamentais do homem: liberdade, consciência, capacidade e vontade. A teoria do delito absorveu esses atributos:

1. com o deslocamento do dolo (*vontade*) para o tipo, possibilitou-se a análise das atitudes internas do homem no referido tipo;

2. a culpabilidade, que versa sobre a reprovação da pessoa, depende da constatação de que o agente é *capaz* de ter consciência e de ter autodeterminação. A capacidade, pois, é relevante para o Direito Penal;

3. também integra a culpabilidade um juízo sobre a *liberdade*, já que sem ela a responsabilidade penal do agente será excluída por inexigibilidade de conduta diversa;

4. por fim, compõe a culpabilidade a análise da *consciência* do agente, que lhe permite valorar positiva ou negativamente seus atos; é o instituto da *potencial consciência da antijuridicidade*.

Busca-se assim, com a culpabilidade, censurar o homem em face de suas características internas mais profundas – capacidade, liberdade e consciência – que representam atributos presentes tão só nos seres humanos e que os diferenciam dos outros seres. Deste modo, verifica-se que a culpabilidade é um dos institutos dos quais se concretiza na dogmática penal o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que no Brasil é norma/valor de sede constitucional.

Como Princípio do sistema penal, a culpabilidade é um mecanismo de interpretação e aplicação das suas normas, possibilitando que a lei seja cotejada com a tópica, isto é, com a análise do caso. Concretamente, se não se constar a reprovabilidade pessoal, pode-se afastar a incriminação legal, como no caso das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

O Direito Penal brasileiro, na sua formulação legal, acolhe as linhas mestras da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, de posição Finalista. Isso se dá porque o dolo não integra a referenciada culpabilidade, já que é um elemento do tipo. Para que exista a culpabilidade, será necessária a constatação simultânea de três institutos normativos, que só adquirem sua significação à luz do Direito: a imputabilidade, a potencial consciência de antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa.

A revisão do modelo constitucionalista de ilícito penal e a chamada “orientação às consequências”

- 1 O esforço de Bricola
- 2 As críticas à teoria constitucionalista do objeto da tutela penal
- 3 Orientação às consequências
 - 3.1 Reabilitação ou ruptura?
 - 3.2 O endereço pragmático-finalístico de Palazzo
 - 3.3 A ciência da subsidiariedade de Donini
- 4 Considerações finais
- 5 Referências bibliográficas

Fabiano Augusto Martins Silveira

Mestre e Doutor em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador visitante junto à Università degli Studi di Roma 1 – La Sapienza, entre 2006 e 2007. Consultor Legislativo do Senado Federal para as áreas de direito penal, processual penal e penitenciário.

1 O ESFORÇO DE BRICOLA

Entre todas as construções e fórmulas político-criminais que ao longo dos tempos foram pensadas com o objetivo de conferir maior racionalidade à produção legislativa em matéria penal, a

teoria constitucional do bem jurídico é, indiscutivelmente, uma das que mais acalentou esperanças de resolver ou minimizar o problema da incontinência legislativa. Consolida-se pelo esforço intelectual de Franco Bricola, com a publicação, em 1973, da *Teoria generale del reato*¹, onde deduziu, com sede argumentativa na Constituição italiana, “a constitucionalização do conteúdo necessariamente lesivo do ilícito penal”², como a coroar a união entre a teoria penal e o ascendente movimento constitucionalista da segunda metade do século XX.

Se pudéssemos resumir ao extremo do extremo os pontos altos do texto de Bricola, sobressairiam quatro afirmações teóricas que causaram grande alvoroço na época em que foram lançadas. A primeira delas é que a criminalização de uma determinada conduta só se justifica em face da tutela de um bem jurídico com relevância constitucional³. Como corolário, surge uma segunda afirmação, certamente mais polêmica do que a anterior: declare-se a inconstitucionalidade de normas penais que tutelam bens desprovidos de relevância constitucional (implícita ou explícita)⁴. Uma terceira: considerem-se irrelevantes do ponto de vista penal os comportamentos que, embora formalmente conformes ao tipo legal de crime, não ofendam *in concreto* o bem protegido pela norma incriminadora⁵. E finalmente a mais provocativa afirmação de Bricola: os crimes de perigo presumido são inconstitucionais por falta de um concreto conteúdo ofensivo, daí por que ou o juiz declara imediatamente a inconstitucionalidade das referidas

infrações, ou desfaz, em alguns casos, a presunção absoluta para averiguar se a conduta revelou perigo concreto⁶.

Alinhavamos, portanto, à custa de muita concisão, o marco teórico inicial da orientação constitucionalista do objeto da tutela penal. Não acrescentamos nada ao dizer que uma teoria só consegue prosperar e se manter viva no campo das ciências penais (como, de resto, em qualquer outro campo científico) mediante contínuas reformulações e ajustes. É o que se viu, por exemplo, em relação ao princípio de concreta ofensividade do injusto penal, tantas foram as imagens e argumentos criados pela doutrina para afastar definitivamente a tipicidade penal. É o que ocorreu, também, no aprofundamento do debate sobre os critérios de relevância constitucional do bem jurídico. Por outro lado, a suspeição de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato está longe de reunir consenso no plano doutrinário, muito menos na jurisprudência. Bricola foi muito combatido a esse respeito, talvez por ter pisado fundo demais no acelerador.

A despeito das objeções e críticas dirigidas às proposições do autor, certo é que a orientação constitucionalista fez fortuna na doutrina penal italiana e alhures⁷. Representa, muito provavelmente, o principal esteio da formação acadêmica em direito penal das últimas três décadas. Primeiro porque enfrentou, naquele último quarto do século XX, a dicotomia aparentemente insuperável entre concepções materiais (positivismo criminológico) e concepções formais de crime (tecnicismo jurídico). A versão constitucionalmente orientada do delito avistou um lugar no meio do caminho, a salvo de tentações extremistas. Promoveu uma

interação mais segura entre os dois polos, na medida em que, sem fugir aos ditames formais, não erradicou da teoria do delito o elemento de fundo valorativo (como fazia crer possível a impositação técnico-jurídica), contanto que chamado à presença da Constituição.

Tudo isso favoreceu o deslocamento do centro de gravidade do discurso jurídico-penal da exegese da lei para a hermenêutica constitucional, por outras palavras, do Código à Constituição, transição essa que também foi sentida em outros campos do Direito⁸. Ou seja, permitiu que a Ciência Penal pudesse se oxigenar e travar contato mais íntimo com o documento que passava a conquistar grande prestígio político: a Constituição.

2 AS CRÍTICAS À TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO OBJETO DA TUTELA PENAL

Supondo que o sistema jurídico tenha uma ordem, uma unidade, então não seria difícil *deduzir* dos seus valores primordiais as condutas que devem ou não receber reprovação penal. Trata-se, logo se percebe, de um raciocínio *de cima para baixo*, como toda operação mental dedutiva. Uma vez identificado o bem jurídico na Constituição, a atividade legiferante consistiria em *extrair*, meio que automaticamente, toda a série de condutas que lhe seriam lesivas ou ameaçadoras. Por esse roteiro, o único compromisso legítimo do legislador se dá em relação ao bem jurídico, o restante (técnica de tutela, espécie e quantidade da pena, etc.) seria derivação racional e pouco criativa da palavra assumida. Imaginava-se, assim, como

já registramos no tópico anterior, dar um passo gigante rumo ao controle do conteúdo das normas penais e, conseqüentemente, da inteira produção legislativa no setor.

A primeira crítica em relação à chamada orientação constitucionalista não é uma objeção estritamente teórica, mas uma constatação de ordem prática ou empírica. Definitivamente, a teoria não se mostrou capaz de conter o fenômeno do crescimento do direito penal, ou seja, não conseguiu realizar as suas promessas. A realidade legislativa dos últimos 30 anos cuidou, por si só, de oferecer uma réplica aos rigorosos padrões de racionalidade da teoria. Na precisa afirmação de Francesco Palazzo, “o princípio da ofensividade assume um rigor teórico e conceitual inversamente proporcional ao seu grau de efetividade histórica e legislativa”⁹.

Trata-se, portanto, de um tipo de *desqualificação pelos fatos*. Não nos parece sensato, pois, a essa altura, compartilhar o mesmo otimismo que marcou os primeiros passos da vertente constitucionalista. Não há como negar que existe praticamente um vácuo, um abismo entre as prescrições doutrinárias e a produção legislativa em matéria penal, como dois mundos incomunicáveis e não reconhecíveis entre si¹⁰.

Hoje se coloca, e não era para menos, um dilacerante ponto de interrogação sobre a viabilidade da abordagem constitucionalista (especialmente quanto à função crítica ou extrassistemática do bem jurídico), não faltando a palavra “crise” para descrever o atual momento da teoria¹¹.

Não obstante, a desqualificação pelos fatos não atinge o núcleo da proposta doutrinária, pois se refere à *performance* e não ao *conteúdo* da teoria. Afinal, pode ser que a doutrina esteja *certa* e o legislador *errado*, e essa tem sido, para dizer a verdade, a resposta mais comum no circuito doutrinário. Em suma, não haveria nenhum equívoco no conteúdo nem no código da mensagem¹². Se ela não é acatada, a responsabilidade é toda do parlamento, por não enfrentar as contingências políticas com racionalidade.

Os resultados dessa atitude negacionista são conhecidos. Aumentam-se as tensões entre o campo científico e a práxis legislativa, fecham-se as oportunidades de diálogo. E, o que é pior em nossa opinião, estimula-se uma visão simplificada do processo político-decisório, além da antipatia generalizada em relação à figura do agente parlamentar.

Por outro lado, a desqualificação pelos fatos pode suscitar – e, efetivamente, tem suscitado – reflexões e autocríticas bastante instigantes.

Primeiramente, a Constituição não é para ser concebida como um *catálogo fechado* de bens jurídicos. Ela deve permanecer *aberta* aos desafios de seu tempo, servindo-lhes de referência móvel, não de sepultura¹³.

Ademais, não só o conteúdo do texto vive processos de abertura, mas o próprio círculo dos intérpretes da Constituição tende, numa sociedade pluralista e democrática, a considerar

sempre novos participantes e desmistificar a interpretação constitucional como “evento exclusivamente estatal”¹⁴.

Com efeito, o processo de demarcação dos bens jurídicos teria de superar a literalidade da dicção constitucional, desencorajando leituras extremadas, hierarquizadas ou elitistas acerca do princípio da fragmentariedade. “O modelo constitucional de ilícito penal não pode, portanto, tornar--se um inimigo da sociedade aberta”¹⁵. Noutras palavras, a identificação de bens merecedores de tutela resulta de um processo interpretativo muito mais complexo, dinâmico e plural do que a teoria considerava nas suas primeiras formulações.

Um segundo reparo tem a ver com as próprias limitações do conceito de bem jurídico. A sua realidade abstrata, impalpável, refugiada no mundo dos valores, não é tão fácil de ser traduzida ou aproveitada pelo debate político cotidiano. Quando a doutrina pretende tirar conclusões terminativas sobre o conteúdo de determinada norma penal com base nos vínculos entre o bem jurídico-penal e a Constituição, não são pequenas as chances de cair nos vícios de “automatismo” e “esquematismo”¹⁶.

Dito de outro modo, o conceito de bem jurídico – não obstante se coloque em vantagem diante de outros critérios de legitimação da norma penal já propostos (danosidade social, direito subjetivo, *ratio legis*, etc.) – deposita extrema confiança no raciocínio dedutivo, como tentativa de superar seu traço de abstração.

As coisas se complicam quando a confiança se transforma em fé, quando a cultura penalística começa a acreditar demais no pensamento dedutivo, do qual os *princípios* são a maior expressão. Donini identifica em tal comportamento a ideia de que “as normas-‘princípio’ são objeto de uma ciência superior, de um ‘superdireito penal’ anteposto ao legislador histórico, que daquela fonte de razão deverá ‘deduzir’ as suas leis (neojusnaturalismo constitucional, constitucionalismo extremo)”¹⁷. A doutrina deixa escapar, pois, com frequência, uma atitude intelectual acomodada e pouco autocrítica, julgando-se possuidora de um saber qualitativamente superior ao de outros grupos sociais no que concerne a desvendar (leia-se, *deduzir logicamente*) o conteúdo constitucional legítimo da norma penal incriminadora.

Um terceiro problema, certamente não dissociado dos anteriores, remete ao destinatário da mensagem. Em face de enunciados doutrinários tão rigorosos, a dúvida de um iniciante nos estudos da disciplina lembra-nos aquela célebre pergunta: *tudo bem, combinaram com os russos?* Isto é, os legisladores estão comprometidos com tal projeto de racionalidade? Quais as formas de diálogo entre a ciência e a política para que haja, enfim, um compromisso dessa natureza?

Em que pese a declarada finalidade de intervir no processo legislativo penal, repetida à exaustão, os enunciados doutrinários, na prática, não se dirigem aos nossos legisladores. Não há com eles diálogo direto, e sim um processo de comunicação que utiliza um tradutor interessado.

Significa dizer que, no fundo, o grande interlocutor da doutrina é o *juiz*. É sobre ele que deságuam as maiores expectativas. E, de fato, a doutrina conseguiu estabelecer com o Judiciário um diálogo permanente, sem solução de continuidade. Embora críticas a decisões judiciais sejam frequentes e ocupem grande parte da reflexão doutrinal, não há dúvida de que os tribunais têm-se mostrado mais atentos às mensagens da ciência penal, usufruindo inclusive de seus sofisticados recursos teóricos¹⁸. Entre nós, por exemplo, o STF já teve a oportunidade de declarar a validade jurídica dos princípios da intervenção mínima, da insignificância e da proporcionalidade em diversas ocasiões¹⁹.

A doutrina desenvolve, pois, com o legislador uma comunicação que passa antes pelos tribunais. Ou seja, ainda que suas recomendações não sejam atendidas diretamente pelo órgão detentor de habilitação democrática para legislar (e há poucos esforços nesse sentido), resta confiar na intervenção do órgão responsável pelo controle de constitucionalidade das leis, para que expurgue do ordenamento jurídico aqueles atos que desatenderam ao mínimo consentido pelos enunciados²⁰. Obviamente, o Judiciário, por suas responsabilidades institucionais, é mais prudente no acolher as construções doutrinárias, tateando *politicamente* o terreno minado das relações entre poderes²¹.

Se a aproximação entre doutrina e jurisprudência – por vezes tensa, mas sempre aproximação, sempre diálogo – é um dado inquestionável e digno de elogios em muitos momentos, nem por

isso deveríamos aceitar o fosso que separa a ciência penal do debate legislativo.

Assim, uma das principais críticas que se dirigem ao denominado “modelo constitucional do ilícito penal” é justamente o receio, não de todo infundado, de que doutrina e jurisprudência monopolizem a interpretação do conteúdo das normas penais, sobrepondo-se ao processo decisório parlamentar²². Com toda certeza, seria um modo profundamente conservador de pensar a ciência penal e de pôr os seus enunciados em prática. Traduzindo: a crítica ao expansionismo do direito penal, que é, basicamente, uma acusação por desrespeito aos enunciados doutrinários, transforma-se em apelo ao órgão jurisdicional (e não em diálogo com o parlamento), para que este, interpretando a Constituição (*rectius*, as intenções doutrinárias), aponha o carimbo de inconstitucionalidade sobre elevado número de leis penais.

Para não colocar sob suspeita a relação entre doutrina e jurisprudência, que é uma relação de encontro inevitável, convém ressaltar que nada há de antidemocrático em dirigir enunciados teóricos ao judiciário. Ao fazê-lo, a doutrina cumpre muito bem o seu papel. O que se questiona é a utilização de uma via de mão única, muito propícia a embaralhar os papéis do juiz e do legislador. De se rezear, assim, um quadro em que as mediações tão necessárias entre Constituição e legislação penal ordinária sejam retiradas das mãos dos agentes políticos e dos demais grupos sociais para serem entregues aos tribunais, em nome de uma argumentação jurídico-dedutiva orientada a valores. Ainda que previsões dessa natureza não se concretizem, ou não se

concretizem de forma generalizada, incomoda o fato de que a ciência penal, consciente ou inconscientemente, invista nessa direção.

Tudo considerado, a incapacidade dos enunciados doutrinários de fazer frente ao crescimento do direito penal revela, no mínimo, uma tentativa frustrada, mas não totalmente, de influenciar os tribunais como órgãos de formulação político-criminal e, por outro lado, a rebeldia da política no que se refere ao estilo da argumentação abstrato-dedutiva, ao pensamento de tipo sistemático.

3 ORIENTAÇÃO ÀS CONSEQUÊNCIAS

3.1 Reabilitação ou ruptura?

Resta saber se as críticas à teoria constitucionalista do objeto da tutela penal – em caricatura: *Constituição fechada, dedutivismo, neojusnaturalismo e inversão do jogo democrático* – levam necessariamente à negação do direito penal orientado à Constituição, ou se tal modelo pode ser reabilitado. Haveria como incorporar tais críticas e preocupações sem enfraquecer os alicerces centrais da teoria? Se a doutrina pretende influir legitimamente no processo de criminalização primária, deveria reformular seus enunciados teóricos? São todas questões em franco debate na doutrina que formulou o modelo em questão.

Até onde conseguimos ver, os penalistas italianos vêm trabalhando nas duas direções, isto é, tanto na *reabilitação* quanto

na *ruptura*, sendo às vezes difícil separar tais elementos na obra de um mesmo doutrinador.

Recordemos, inicialmente, que as críticas ao modelo constitucionalista (ou à leitura *troppo pretenziosa* de seus enunciados) nascem quase que contemporaneamente à difusão da teoria na doutrina italiana, mas irão consolidar-se a partir dos anos 1990 e, como referência mais específica, intensificam-se após os trabalhos da denominada *Commissione Bicamerale* (1997/1998), que assumira abertamente o programa de Bricola, indo além com a fórmula da *reserva de código e de lei orgânica*²³.

Tentativas de reabilitação do modelo mostram-se interessadas, antes de tudo, em revisitar a relação entre bem jurídico-penal e Constituição. Sim, o texto constitucional é o ponto de partida, o maior manancial para orientar o processo de criminalização primária. Romper com tal postulado seria romper, sem volta, com o chamado modelo constitucional do ilícito penal. Todavia, o nó do problema não está propriamente no vínculo, mas na força do vínculo. Um vínculo *forte* ou *prescritivo* (que estimula ou não contradiz leituras constitucionais fechadas e o ar "aristocrático" da ciência penal)? Ou um vínculo *leve* ou *programático* (que aceita interpretações mais abertas dos valores constitucionais, de modo a *potencializar*, e não *dirigir*, o processo legislativo e a práxis jurisprudencial)?

A crítica à teoria constitucionalista insinua-se por essa última alternativa, ainda que renunciando ao controle super-rigoroso das decisões político-criminais. Segundo Donini, "da Constituição é

possível que se individuem os perfis, o 'rosto' de um modelo de ilícito, mas a concretização da figura depende do inteiro ordenamento e das escolhas que permanecem pluralísticas e historicamente condicionadas"²⁴. Em sentido aproximado, Fiandaca, já no início da década de 1980, conformava o conceito de bem jurídico constitucional: "trata-se, mais simplesmente, de um conceito a que compete a função de predispor *diretivas programáticas de tutela potencialmente vinculantes*"²⁵. Na literatura brasileira, também para Sheila Sales não há como extrair da Carta Magna ou dos padrões sociais estabelecidos um conceito vinculante de bem jurídico. Por outro lado, registra que é "impossível desconhecer que da Constituição assurgem significativas indicações político-criminais, a serem complementadas com outros princípios, evidentemente sem perder de vista a *extrema ratio*"²⁶.

Outra maneira de suavizar o vínculo seria rever o juízo de fragmentariedade, de sorte que o não merecimento da tutela penal fosse circunscrito a casos de *manifesta irrelevância* do bem jurídico. Os enunciados doutrinários seguem válidos, mas entrariam em ação apenas nos casos de violação escancarada, *ictu oculi*, de suas prescrições. Busca-se, com isso, contornar intromissões indevidas na discricionariedade parlamentar.

Como se vê, são reformulações que valem como moderador de apetite, isso para que a orientação constitucionalista não entre em "aberta polêmica" com o presente. No entanto, essas primeiras indicações – que denominamos *reabilitadoras* da função político-

criminal do bem jurídico – parecem ainda muito genéricas e, de certa forma, já estavam presentes nos debates sobre os princípios da fragmentariedade e da ofensividade. Em todo caso, são tentativas de amenizar o discurso constitucionalista e de torná-lo mais palatável.

3.2 O endereço pragmático-finalístico de Palazzo

Ainda na linha de reabilitação do modelo constitucional, Palazzo recusa-se a abandonar o conceito de bem jurídico, embora admita sua pequena influência sobre as políticas legislativas. Para o autor, o caminho de renovação do conceito não passa pelo desenho apurado de um “catálogo de bens pré-confeccionados”, e sim pelo “refinamento ulterior dos critérios de individualização dos bens tuteláveis”²⁷. Vale dizer, Palazzo pretende imprimir a sua pesquisa um caráter mais metodológico do que conteudístico, no sentido de oferecer critérios objetivos à construção dos tipos penais. Reconhecida a inegável dimensão “personalística” da sanção criminal, impõe-se, daí, nas palavras do autor, “que o conteúdo ofensivo do crime seja modelado – ao menos em regra – sobre uma relação interpessoal de relevância social”²⁸.

À sombra do tipo penal estaria uma estrutura fundada num conflito intersubjetivo. Mais do que isso, ou paralelamente, “qualquer interesse merecedor de pena deve ser submetido a uma rigorosa verificação empírica no que se refere a sua consistência social, às fundamentais tipologias ofensivas e suas consequências”²⁹. Por essa perspectiva, a autoridade do bem jurídico deixa de ser medida no plano puramente valorativo – uma

tentativa de superar, pois, críticas comumente dirigidas ao modelo constitucionalista tradicional.

O autor reclama, então, três principais critérios: a) reafirmação do caráter personalístico do interesse tutelado, de tal modo que a supressão do bem produza “consideráveis efeitos negativos sobre a inteira personalidade, condicionando-lhe o desenvolvimento e a sua estruturação”³⁰; b) dimensão e relevância social do interesse tutelado e da ofensa irrogada, medida pela “difusão social” da necessidade individual, verificável empiricamente, e também pelo fato de que o bem seja “fruível e atacável ao interno de uma *relação interpessoal socialmente apreciável*”, de tal modo que o “tipo penal encarne um drama conflitual entre dois sujeitos”³¹; c) danosidade social, no sentido específico de que o legislador deve certificar-se, empiricamente, da “relação causal entre os comportamentos indesejados e as consequências socialmente negativas”, tendo em conta, ainda, a possibilidade de repetição em série do comportamento desviante e a incapacidade social de adaptação e de reação autônoma ao desvio³².

Quanto aos bens jurídicos supraindividuais, Palazzo teria de propor necessariamente adaptações ao esquema. Não obstante o processo de “autonomização” dos referidos bens e o reconhecimento do “pleno direito de cidadania entre os objetos da tutela penal”, não haveria nenhuma contradição em afirmar que o seu fundamento também repousa numa necessidade individual, mesmo não sendo possível determinar o número exato de posições

individuais mediatamente envolvidas³³. Disso resulta, na compreensão do autor, que o modelo assentado no conflito interpessoal não fica de todo excluído da confecção de tipos penais orientados à defesa de bens coletivos, difusos, gerais e universais. Ao contrário. Se ele fosse rejeitado, o bem jurídico poderia sofrer um processo de “excessiva idealização” a ponto de regredir ao “irracional comunitário”, sem falar no uso descontrolado da antecipação de tutela³⁴.

Com efeito, em alguns casos, a elaboração do tipo penal pode muito bem direcionar-se a vítimas determináveis (moralidade pública, por exemplo); noutros, a narrativa típica teria em conta a agressão a um sujeito institucional, criado justamente para reagrupar os vários interesses individuais (sistema financeiro, por exemplo). Apenas no tocante aos “bens universais” (bens não institucionalizáveis, como, por exemplo, o meio ambiente e o patrimônio artístico), Palazzo aceita excepcionalmente a “tutela direta”, a prescindir do esquema da relação interpessoal, desde que verificado “um vasto processo de interiorização por parte da generalidade dos consorciados”³⁵.

Sem dúvida, os critérios propostos pelo autor, aqui sumariamente revistos, representam um passo à frente no controle do processo de criminalização primária. Todavia, a extensão do modelo intersubjetivo aos bens jurídicos supraindividuais, em que pesem as inteligentes concessões, não coloca absolutamente um ponto final sobre o problema. Indagamo-nos, antes, se não seria um parto metodológico a fórceps. A reação às novas necessidades

de tutela deve utilizar as mesmas armas e imagens conceituais próprias dos delitos de sangue? O que se propôs foi a legitimação de um único roteiro narrativo à custa de outros possíveis, marginalizados como casos excepcionais de “tutela direta”.

Polêmicas à parte, o estudo de Palazzo cai como uma luva no movimento que busca atrair e aguçar os sentidos da ciência penal aos saberes empíricos. O discurso constitucionalista, que sempre dependeu de juízos valorativos em base dedutiva, precisa ser rejuvenescido com informações trazidas da experiência social. A bússola começa a apontar para a chamada “orientação às consequências”, isto é, a necessidade de que a crítica ao processo de produção das normas penais esteja apoiada em confirmações da realidade.

Uma determinada opção político-criminal deve ser examinada e reexaminada à luz dos fatos, de sua aderência ao mundo real, das repercussões concretas que pode provocar. A luta (ou diálogo) com o legislador deve ser travada sobretudo aí, e não apenas no campo da retórica e da filtragem ideológica dos valores constitucionais. Segundo palavras do autor, “trata-se de uma consistente tendência legislativa na qual os critérios de criminalização, mais do que valorações de ‘merecimento da tutela’, refletem juízos de adequação do instrumento penalístico em relação aos resultados de política social perseguidos”³⁶.

Interessante notar que, em estudo posterior, Palazzo está mais inclinado a descrever a *orientação às consequências* (leia-se

necessidade de verificação empírica das escolhas criminalizadoras) como um novo paradigma em relação à vertente constitucionalista.

Vislumbra, com efeito, duas diversas etapas mais recentes na evolução da ciência penalística: primeiro, o constitucionalismo penal; depois, o que denominou “endereço pragmático-finalístico orientado às consequências e aberto às verificações empíricas”³⁷. Prevalece, agora, mais do que crítica conciliatória, uma tentativa de ruptura (embora sem recorrer a figuras de antagonismo) em relação ao modelo anterior, uma vez que a Constituição decaiu a “cenário de fundo”, a descanso de tela, perdendo o brilho daquela força configuradora e determinante sobre os conteúdos da parte especial dos códigos penais, força da qual, na realidade, nunca dispôs³⁸.

O novo endereço estaria predisposto a conversações diretas com o legislador, embora Palazzo antecipe dificuldades de vulto, entre as quais a inércia e o despreparo da ciência penal para o trabalho de investigação empírica e o risco oposto de perder, afinal, suas principais referências valorativas³⁹. Palazzo é quem primeiro adverte, pois, para o risco de entusiasmo exagerado quanto às sinalizações indicadas, temendo, por fim, que a ciência penal, além de permanecer “inaudível sobre o plano dos dogmas” (referência ao constitucionalismo penal), seja também “derrotada sobre o plano da empiria” (com respeito aos desafios impostos ao novo filão metodológico)⁴⁰.

3.3 A ciência da subsidiariedade de Donini

Entre os autores mais empenhados na revisão crítica do modelo constitucional está – como já ficou claro em diversas passagens – Massimo Donini. Na impossibilidade de retratar todas as contribuições do autor, limitar-nos-emos, aqui, a alguns pontos recorrentes em seus escritos. Preliminarmente, Donini reconhece que um dos deveres primários da ciência penal é o de formular princípios demonstrativos (e não apenas argumentativos), justiciáveis, passíveis de aplicação por parte dos órgãos judiciais, e que a orientação constitucionalista representou o esforço mais sério e elogiável nessa direção.

Posta como alternativa ao tecnicismo jurídico, a teoria mirava uma nova perspectiva teleológica de “orientação aos escopos” ou de “orientação aos valores”, sem, contudo, e agora começam as dificuldades, superar o velho vício “normativista” das ciências jurídicas de redução do direito à norma, no caso, redução do direito aos princípios deduzíveis da Constituição. Donini acusa a ciência penalística de canalizar a leitura dos princípios em linha vertical, dedutiva, prescritiva, sem o necessário contrapeso de uma investigação horizontal, indutiva, praxeológica, apoiada em saberes empíricos verificáveis e falsificáveis, o que quer dizer uma ciência “orientada às consequências”.

Com efeito, Donini alude ao “fascínio totalizante dos princípios”, à “tirania dos princípios” a que está subjugada a doutrina penal, o seu modo de pensar. No confronto do legislador, tudo o que a doutrina tem feito é repetir, às vezes com excessos verbais, às vezes enfadonhamente, um receituário de princípios voltados a valores constitucionais genéricos, ou melhor, a valores

que o intérprete vê. Assim, o autor dispara contra uma “ciência penal aristocrática”, autossuficiente, seletiva, plena de convicções, mas com poucas provas ou contraprovas empíricas⁴¹.

Da Constituição – retruca Donini – não se pode deduzir uma única solução legislativa ou um “leque muito restrito de soluções de matriz neoiluminística e de formação aristocrática” ou um único código, pois, numa perspectiva pluralística de atuação dos princípios, várias soluções “compatíveis” com a Constituição podem ser alcançadas⁴².

Vimos, pois, em rápidas pinceladas, a crítica do autor à dogmática do constitucionalismo penal, descrita como “autopoiese normativística presa no idealismo dos princípios”⁴³.

Defendendo o necessário deslocamento da argumentação jurídico-

-penal dos *valores às consequências*, temos na reflexão de Donini indicações muito fecundas sobre os novos caminhos a serem percorridos pela ciência penal. A questão é que seus escritos também revelam ora tentativas de reconciliação, ora momentos de ruptura no que tange ao modelo constitucional.

O autor, assim, não chega a rebaixar completamente a categoria dos “princípios” do ponto de vista doutrinário, pois teriam destacada missão explicativa, classificatória ou sistematizante, e também crítica⁴⁴. Embora enfatize a necessidade de chacoalharmos o conhecimento penal a partir de saberes empíricos, não ignora o plano da “orientação aos valores” e “aos escopos”. Aqui um

elemento de ambiguidade ou, se quisermos, de pacificação com o modelo constitucionalista⁴⁵.

Ocorre que Donini planeja transferir o eixo do discurso doutrinário da fragmentariedade (ou merecimento de pena) para o juízo empírico da subsidiariedade penal. Ao que nos parece, essa é uma estratégia que poderia ser perfeitamente qualificada como *ruptura* em face do constitucionalismo penal, cujos alicerces estão fincados, como todos sabemos, nos princípios de ofensividade e fragmentariedade. Saber empírico, verificabilidade dos resultados e orientação às consequências seriam, nessa ordem, “os instrumentos de uma ciência da legislação capaz de renovar o velho estilo da jurisprudência dos conceitos, dos valores e de uma autopoiese fechada”⁴⁶.

Toda argumentação de Donini parte de uma leitura muito particular do princípio da reserva legal. Em sua dimensão *formal*, referido princípio exige um ato emanado do poder legislativo para sacramentar a criminalização de uma determinada conduta. É por meio dessa exigência que se garante a participação dos segmentos minoritários nas decisões que atingem a todos indistintamente, prevalecendo, ao final, a regra da maioria. Mas, de acordo com Donini, para elevar o parlamento à sede de controle verdadeiramente democrático dos conteúdos que povoam o processo de criminalização primária, não basta o reclamo formal da reserva de lei, isto é, não basta exaltar o órgão legislativo como “lugar” ou “momento” do mencionado controle.

Numa dimensão *substancial*, a reserva de lei exige que a política se abra à crítica e aos instrumentos científicos de verificação das teses que circulam no debate parlamentar, ou seja, à possibilidade de confirmação ou falsificação dos argumentos políticos que corroboram uma determinada decisão⁴⁷. “A reserva de lei, portanto, é um tigre de papel, que garante pouco se a maioria parlamentar não estiver vinculada a verificações e critérios intrínsecos que somente uma avançada ciência da legislação poderia assegurar”⁴⁸. À ciência penalística atribui-se, pois, um papel fundamental nas decisões político-criminais, qual seja, o “controle democrático da informação e da racionalidade do processo de formação das leis penais”⁴⁹.

Como desincumbir-se dessa gigante responsabilidade? Agora Donini invoca um campo específico de estudo por ele denominado “ciência da subsidiariedade”, que seria parte integrante do conjunto maior de problemas da ciência da legislação. Significa dizer que, entre todos os dados e informações empíricas (*input*) que medem a adequação e o impacto social das decisões em sede parlamentar, o legislador deve especial atenção às pesquisas que comparam a eficácia da estratégia penal e a dos meios extrapenais. “Será o mais sério banco de prova de um direito penal de *ultima ratio*, constituído por uma prevenção extrapenal existente como compromisso concreto”⁵⁰.

A ciência da subsidiariedade, no entanto, está toda por fazer, e também Donini, assim como procedera Palazzo, adverte para as dificuldades de uma tal empresa, sobretudo em face das carências

interdisciplinares e de trabalho em equipe⁵¹. Os desafios postos à ciência penal identificam-se, portanto, com a contribuição *de lege ferenda* e a articulação dos saberes empíricos que devem instruir e qualificar as opções legislativas, máxime no que se refere aos mecanismos de prevenção extrapenal. Nessa perspectiva, Donini afirma que a ciência penal “faz-se garante da democracia”, não para substituir a política, mas para informá-la e controlá-la⁵².

Com certeza, o autor resgata uma missão superior à doutrina penal, ser o fiel da balança no processo de construção das leis penais, trazendo informações que, em tese, poderiam obstruir ou liberar o fluxo das decisões político-criminais. A participação da ciência nessa fase, de resto, é o que atestaria o caráter democrático das decisões em matéria penal (aspecto substancial da reserva de lei).

Sinceramente, temos dúvidas se à ciência penal compete tal papel numa democracia, dizer-se “garante” do processo democrático, o que a colocaria, mais uma vez, em posição de vantagem diante das pretensões e olhares de outros grupos participantes. Uma coisa é a possibilidade (e mesmo o dever) de opinar *de lege ferenda*, de enriquecer o debate parlamentar, de cobrar soluções racionais e construir alternativas, outra coisa é autoproclamação de uma certa superioridade no complicado jogo da política.

A nosso ver, a chamada “orientação às consequências” exige não só um esforço válido de renovação do estilo argumentativo da doutrina penal e o desenvolvimento de pesquisas empíricas

condizentes com esse novo estilo, mas, ao mesmo tempo, a compreensão das potencialidades e das limitações do discurso científico no espaço marcado da política. Quando o processo decisório ressentir-se das contribuições científicas, corre o sério risco, é verdade, da pobreza de ideias; quando se fecha terminantemente a tais contribuições, o risco é o do autoritarismo. Muito diferente, no entanto, é reivindicar uma posição privilegiada e decisiva no fogo cruzado da discussão política.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As posições de dois dos mais influentes penalistas italianos da atualidade, Palazzo e Donini, só confirmam a tendência de oxigenação da mensagem doutrinária com base em estudos empíricos, e não apenas em conclusões dedutivas inspiradas na tábua de valores constitucionais⁵³. Se quiser intervir no conteúdo das escolhas criminalizantes, a doutrina penal deve dizer mais do que disse até agora por meio de suas proposições teóricas. E deve dizê-lo diretamente ao legislador, participando ativa e responsavelmente do processo de construção das leis penais, aspecto também enfatizado pelos mencionados autores.

Os dois desafios – teste empírico rigoroso das decisões político-criminais e diálogo direto e participativo com a instância legislativa – não compunham a paisagem primitiva do constitucionalismo penal. Como são caminhos ainda inexplorados, sem unidade razoável dos pressupostos teóricos daquilo que se convencionou chamar “orientação às consequências”, é cedo para dizer se o constitucionalismo penal foi superado ou apenas

renovado. Isto é, se é uma teoria fadada à aposentadoria, em razão da descoberta de tecnologias mais promissoras, ou se perseverará como critério-mor de política criminal da ciência penalística, todavia com ajustes relevantes.

Certo é que os novos *trends* metodológicos (o “endereço pragmático--finalístico” de Palazzo ou a “ciência da subsidiariedade” de Donini) não se contrapõem à noção de bem jurídico constitucional. Na verdade, tendem a incorporá-la, mas como elemento coadjuvante nos debates da criminalização primária (vínculo programático), isto é, como *um* dos argumentos, e não como única melodia do discurso doutrinário que pretenda conter o fenômeno do crescimento do direito penal⁵⁴.

De fato, a dita função extrassistemática do bem jurídico não consegue, *sozinha*, e não faltam provas dolorosas a respeito, dar conta do fenômeno expansionista do direito penal. Nesse sentido, Pulitanò conclui que “a palavra de ordem ‘*attuazione costituzionale*’ [é] insuficiente para colher a complexidade dos problemas diante dos quais o legislador é chamado a posicionar-se, e corre o risco de obscurecer a dimensão propriamente ‘política’ do problema penal”⁵⁵.

É verdade. Por outro lado nos questionamos se a derrocada do modelo constitucionalista, em que pese a pertinência das críticas já relatadas, não seria uma atitude teórica inconsequente. O novo que se anuncia, mas que ainda não chegou, trará mesmo melhores resultados?

De qualquer sorte, a doutrina começa a perceber a necessidade de municiar sua crítica à produção legislativa com estudos interdisciplinares sobre os reais impactos da política de criminalização e de apresentá-los ao legislador no calor do debate. Essa é uma postura muito diferente daquela a que se acostumou o modelo constitucionalista tradicional, e passa, sem dúvida, por uma mudança de mentalidade da cultura penalística.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: CANESTRARI, Stefano, MELCHIONDA, Alessandro (orgs.). *Scritti di diritto penale*. Milão: Giuffrè, 1997. p. 539-809. v. I (Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio), t. I (Dal 1960 al 1973).

DE FRANCESCO, Vittorio Gennaro. In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica; sviluppi e prospettive nella dottrina del reato. *Archivio Penale*, Roma, v. XXXI, parte I, ano V, p. 27-63, 1975.

DONINI, Massimo. *Teoria del reato*; una introduzione. Padova: Cedam, 1996. 475 p.

_____. Selettività e paradigmi della teoria del reato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 338-394, 1997.

_____. La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice (Riflessioni a margine di una ricerca). *L'Indice Penale*, n. 2, ano III, p. 657-706, maio/ago. 2000.

_____. Sussidiarietà penale e subsidiarietà comunitaria. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 141-183, 2003.

_____. Per un codice penale di mille incriminazioni; progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema". *Diritto Penale e Processo*, Milão, n. 12, p. 1652-1657, 2000.

_____. *Il volto attuale dell'illecito penale*; la democrazia penale tra differenziazione e subsidiarietà. Milão: Giuffrè, 2004. 381 p. (Coleção *Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*).

_____. Oltre il tecnicismo e l'ideologia: verso una costruzione piú scientifica delle leggi penali (Presentazione). In: DONINI, Massimo (org.). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*. Milão: Giuffrè, 2003. p. VII-XXX, 2003 (Atti del Convegno di Modena, 14-15 dicembre 2001).

_____. Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica. In: STORTONI, Luigi, FOFFANI, Luigi (orgs.). *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo; l'analisi critica della Scuola di Francoforte*. Milão: Giuffrè, 2004. p. 81-117 (Atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000).

EUSEBI, Luciano. Política criminale e riforma del diritto penale. *Democrazia e diritto*, n. 6, p. 114-156, 2000.

FIANDACA, Giovanni. Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 42-81, 1982.

_____. Il sistema penale tra utopia e disincanto. In: CANESTRARI, Stefano (org.). *Il diritto penal alla svolta di fine millenio*. Turim: Giappichelli, 1995. p. 50-55 (Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola – Bologna, 18-20 maggio 1995).

_____. Relazione introduttiva. In: DONINI, Massimo (org.). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*. Milão: Giuffrè, 2003. p. 1-22.

FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo. Perdita di legittimazione del diritto penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 23-63, 1994.

FRISCH, Wolfgang. Dogmática jurídico-penal afortunada y dogmática jurídico-penal sin consecuencias. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 177-227.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional; a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. 55 p. Título original: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" verfassungsinterpretation*.

HASSEMER, Winfried. Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale; aspetti giuridici. *Dei Delitti e Delle Pene*, n. 1, p. 104-113, 1984.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. 104 p. Excerto de *Grundzuge des verfassungsrechts de bundesrepublik deutschland*.

LOSAPPIO, Giuseppe. La riforma del diritto penale. Codice e leggi penali speciali; "critica rimozionale", "codificazione", "policentrismo". *L'Indice Penale*, n. 1, ano VI, p. 109-145, 2003.

MARINUCCI, Giorgio. Politica criminale e riforma del diritto penale. *Democrazia e Diritto*, ano XV, p. 61-103, 1975.

_____. Relazione di sintesi. In: STILE, Alfonso M. (org.). *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. Nápoles: Jovene, 1985. p. 327-364.

MUSCO, Enzo. Diritto penale e politica: conflitto, coesistenza o cooperazione. In: BASSIOUNI, M. C., LATAGLIATA, A. R., STILE, A. M. (orgs.). *Studi in onore di Giuliano Vassali. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*. Milão: Giuffrè, 1991. p. 5-29. v. II (Politica criminale e criminologica procedura penale).

_____. Consenso e legislazione penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 80-92, 1993.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989. 120 p. Título original: *Valori costituzionali e diritto penale*; un contributo contemporaneo allo studio del tema.

_____. I confini della tutela penale: selezioni dei beni e criteri di criminalizzazione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 2, p. 453-482, 1992.

_____. Bene giuridico e tipi di sanzioni. In: PEPINO, Livio (org.). *La riforma del diritto penale: garanzie e effettività delle tecniche di tutela*. Milão: FrancoAngeli, 1994. p. 70-92.

_____. Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 2, p. 694-735, 1997.

_____. Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 2, p. 350-384, 1998.

PALIERO, Carlo Enrico. Consenso sociale e diritto penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 3, p. 849-922, 1992.

PULITANÒ, Domenico. La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione. In: *La Questione Criminale*, Bolonha, ano VII, n. 1, p. 111-121, 1981.

_____. Politica criminale. *Enciclopedia del Diritto*, Milão, n. XXXIV, p. 73-100, 1985.

_____. Quale scienza del diritto penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 4, p. 1209-1237, 1993.

_____. Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale? *Il Foro Italiano*, Bolonha, parte V, p. 288-300, 1998.

_____. Nel laboratorio della riforma del codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 3-26, 2001.

_____. Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 108-140, 2003.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 280 p.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *A Constituição e o princípio da ofensividade penal vinte anos depois*. In: DANTAS, Bruno; CRUXÊN, Eliane; SANTOS, Fernando; LAGO, Gustavo Ponce de Leon (org.). *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: SENADO FEDERAL, 2008, v. 1, p. 315-348.

_____. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 46, n. 183, p. 77-93, edição especial, jul./set. de 2009.

Periculosidade no Direito Penal contemporâneo

1 O estado democrático de direito e o direito penal correspondente

2 A culpabilidade como alicerce para o direito penal do fato

3 O perceptível distanciamento do direito penal do fato

4 A periculosidade no direito penal brasileiro

5 A incompatibilidade entre periculosidade e direito penal do estado democrático de direito

6 Conclusões

7 Bibliografia

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

A autora é Mestre e Doutora em Direito Penal pela USP e Professora-Doutora de Direito Penal da USP.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO PENAL CORRESPONDENTE

Para se afirmar quais são as características do ordenamento penal de determinado Estado, faz-se necessário, num primeiro momento, analisar quais valores orientam a constituição do próprio Estado. Essa análise, por sua vez, justifica-se na medida em que é a partir da concepção que se tem do ser humano, sua dignidade, o valor de sua liberdade e de seus direitos fundamentais, que se torna possível identificar os fundamentos e limites pertinentes à

mais drástica interferência da ordem jurídica na esfera de liberdade da pessoa, qual seja, a atuação do direito penal.

Portanto, o sentido e alcance do Estado Democrático de Direito, estampado no art. 1º da nossa Constituição Federal, por exemplo, já constitui importante indicativo do modo como há de ser estruturado o direito penal no Brasil. Além disso, e com igual envergadura, o texto constitucional brasileiro traz outros valores também expressos que permitem moldar, de maneira sólida, a feição a ser dada à intervenção punitiva estatal.

Podem ser aqui enumeradas, por exemplo, as determinações no sentido de que a democracia a ser realizada deve significar um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária; no sentido de que deve ser pluralista, ou seja, deve respeitar a pluralidade de ideias, culturas e etnias, assim como pressupor o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; no sentido de possibilitar um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício¹.

Assim, todos os esforços da sociedade devem ser para possibilitar o efetivo exercício, por parte dos cidadãos, dos direitos e garantias individuais que, elencados constitucionalmente, tornaram-se limites intransponíveis até mesmo em face do próprio

legislador infraconstitucional. Valores como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, por exemplo, assumem no plano constitucional papel de especial relevo quando se tem por objetivo delimitar e legitimar a atuação do direito penal.

O valor da dignidade da pessoa humana impõe reconhecer o ser humano como o centro em torno do qual a legislação do Estado há de ser pautada. Quando se trata de delinear os contornos da intervenção penal, tanto o legislador como o intérprete legal têm o dever de ponderar toda e qualquer intromissão que aponte para limites a direitos e garantias individuais assegurados constitucionalmente, assim como impedir que qualquer ato estatal apresente-se como ofensivo à dignidade do ser humano envolvido.

A liberdade também se apresenta nesse contexto como valor essencial a ser observado. Embora em seu sentido mais estrito, de liberdade pessoal, ela possa ser entendida como “direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, o direito de não ser detido ou aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente condicionado a um espaço, ou impedido de se movimentar”², o valor liberdade envolve muitos outros aspectos, também garantidos constitucionalmente, como a liberdade de expressão, pensamento, reunião, associação, religiosa, profissional etc.

O princípio da igualdade, que por sua vez constitui outro valor estruturante para o ordenamento jurídico brasileiro, pode ser entendido não apenas como “igualdade na aplicação do direito” (*todos são iguais perante a lei...*), mas principalmente como “igualdade quanto à criação do direito”. Como aponta Canotilho, o

princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, quando o vincula à criação de um direito igual para todos os cidadãos. Sob um primeiro enfoque, pode-se dizer que a igualdade equipara-se ao princípio da universalidade ou princípio da justiça pessoal (onde se encontra a necessidade de serem delineados os contornos do princípio da igualdade em sentido material); sob um segundo aspecto, diz-se que a igualdade refere-se à exigência de igualdade material através da lei, na medida em que impõe que seja tratado de maneira igual o que é igual, e desigualmente o que é desigual; por fim, uma terceira acepção do princípio da igualdade possibilita que seja interpretado como uma igualdade justa, de onde deriva a proibição geral do arbítrio³.

Dessa forma, resta claro que no Estado Democrático de Direito, alicerçado nos valores acima mencionados, todo o ordenamento jurídico – e especialmente o ordenamento penal – deve ser construído a partir do respeito à dignidade humana. Faz-se necessário que o ser humano seja posto no centro da ordem jurídica, com observância a seus direitos e garantias próprios.

Da importância constitucional conferida à liberdade, por exemplo, inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais, é possível observar a consequente necessidade de que toda e qualquer intervenção estatal que possa significar interferência na esfera de liberdade do cidadão seja ponderada e avaliada, e só utilizada quando indubitavelmente necessária. Essa diretriz a ser observada quando da elaboração legislativa, denominada princípio da intervenção mínima, impõe, num primeiro momento, que o Estado se valha de meios menos lesivos ao indivíduo, utilizando o

direito penal de forma subsidiária, somente quando outros ramos do direito não se mostrarem suficientes para tal tutela; significa, também, que ao direito penal não cabe tutelar todos os bens jurídicos, mas apenas os fundamentais, e perante os ataques que se apresentem como os mais intoleráveis⁴.

A constatação da necessidade de uma ofensa a determinado bem jurídico, portanto, adquire feição de pressuposto de legitimidade da intervenção penal. Somente quando um bem que, assim como a liberdade, ostente um valor constitucional, for lesionado ou exposto a perigo, é que se torna possível autorizar a intervenção do direito penal. Decorrem, daí, duas consequências: faz-se necessário que haja uma efetiva lesão ou exposição a perigo do bem jurídico, e a resposta penal somente poderá ser dada após a realização da ofensa.

A ofensa ao bem jurídico, portanto, adquire *status* de requisito indispensável para a imposição da sanção penal; somente quando houver lesão ou perigo ao bem jurídico é que estará autorizada a atuação do direito penal. A prática de um ato delitivo, então, é o que possibilita a incidência do direito penal – e, conseqüentemente, deve ser excluída toda e qualquer incriminação que tenha como fundamento a condição pessoal do indivíduo.

Assim, como observa Miguel Reale Júnior, devem ser objeto de incriminação apenas os fatos e não pensamentos, atos preparatórios, estado perigoso, condição, formas de ser. A segurança jurídica e o fim de se visar com a incriminação à proteção de bens jurídicos fazem necessário que apenas tenham

relevo penal os atos que constituam concretamente um início de execução do delito e não meros atos preparatórios, como o limpar um fuzil, postar-se no caminho do desafeto armado, sem no entanto acionar o gatilho. Não se admite, também, a punição de estados de ânimo, como o “estado perigoso”, pretendendo-se punir alguém, mesmo sem a prática de atos preparatórios, pela simples razão de se detectar a probabilidade de vir no futuro a realizar crimes. O princípio do fato, portanto, inviabiliza que alguém seja responsabilizado pelo que é e não pelo que fez, a partir da caracterização de tipos criminológicos ou normativos de autor, o que permitiria toda a sorte de abusos⁵.

2 A CULPABILIDADE COMO ALICERCE PARA O DIREITO PENAL DO FATO

A culpabilidade é a categoria jurídica que, coerentemente com as opções de fundo assumidas pelo ordenamento, atribui aos critérios de imputação um certo conteúdo. Segundo Palazzo, é tradicionalmente reconhecida no sistema penal como o critério de imputação derivado de premissa inspirada na retribuição moral – a qual realiza uma evidente e consciente valoração da conduta objetiva do autor. A culpabilidade constitui a condição essencial na presença da qual se justifica moralmente que a reação sancionatória atinja a pessoa do autor *pelo* fato cometido; e exprime a condição para que o sujeito autor da infração *mereça* o castigo⁶.

De forma sintética, pode-se dizer que o conteúdo da culpabilidade responde à exigência de que o fato constitutivo da violação seja relacionado, mais do que à pessoa, à própria personalidade de seu autor. A culpabilidade apresenta-se como expressão da personalidade do autor no sentido em que é possível a ele atribuir uma “tomada de posição”, ainda que pontual, episódica e contingente, como é o fato constitutivo da violação, quando inserida nos valores sociais juridicamente tutelados. Na perspectiva da retribuição moral, a culpabilidade não se limita a ser o elo entre o fato e o seu autor, mas contém outras condições para que a pena possa ser merecida – que dizem respeito a um juízo moral de correspondência entre a aflição da pena e a reprovação subjetiva personalística do desconhecimento da lei universal do *neminem laedere* manifestado no fato da violação⁷.

De acordo com essa concepção, qual seja, a da culpabilidade pelo fato, verifica-se que esta recai, exclusivamente, sobre a conduta do agente, ou seja, sobre o comportamento humano que realiza um fato-crime. Em outras palavras, o juízo de reprovabilidade recai sobre o fato do agente, e não sobre o agente do fato. Esse entendimento sustenta-se na constatação empírica, pragmática, de que o agente, sendo dotado de certa capacidade de compreensão e de escolha, é culpável por um fato ilícito, na medida em que concretiza o injusto – quando podia ter agido de outro modo⁸.

No Estado Democrático de Direito, a culpabilidade como fundamento para a imposição de uma sanção penal constitui a superação da antiga e ultrapassada concepção de que o homem

deveria ser punido devido a determinados atributos pessoais que ostentava. Por não se adequar aos padrões culturais dominantes, por exemplo, a pessoa poderia ser considerada bruxa, herege, subversiva, etc. – e, por isso, ser submetida a um julgamento criminal.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, e considerando o que foi observado acerca da indispensabilidade de qualquer conduta vir a ser considerada delituosa exclusivamente em função da ofensa atuada a determinado bem jurídico, a culpabilidade somente pode ser entendida como a imputação subjetiva da lesão ou exposição a perigo do bem jurídico⁹. Isso significa, portanto, que a afirmação do princípio da lesividade constitui importante indicação tendente a evitar que, em sua complexidade, o sistema se afaste das balizas de um direito penal da ofensa¹⁰.

3 O PERCEPTÍVEL DISTANCIAMENTO DO DIREITO PENAL DO FATO

Como visto, o direito penal do fato, único capaz de atender às exigências das garantias próprias do Estado Democrático de Direito, tem como pressuposto a efetiva lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado pela norma. Significa que somente após a caracterização da ofensa ao bem jurídico é que pode recair sobre o autor da conduta incriminada um juízo de reprovação.

Contudo, esse ponto de vista, condizente com o Estado brasileiro fundado na Constituição de 1988, não é o único possível de ser verificado no ordenamento jurídico nacional. Enquanto a

doutrina afirma que o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, cujo desvalor esgota-se no próprio ato, torna-se possível apreender, seja no plano legislativo, seja na esfera jurisprudencial, uma crescente inclinação para se considerar o delito como o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica – o que evidencia um claro retorno à concepção positivista do direito penal. Por essa ótica pode ser construído um raciocínio no sentido de que o ato é apenas uma lente que permite ver uma parte daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Em outras palavras, a essência do delito residiria numa característica do autor, que explicaria a pena¹¹.

Essa compreensão acerca do direito penal supõe, portanto, que o delito seja sintoma da personalidade do autor, sempre inferior à das demais pessoas consideradas normais. A inferioridade da qual resultaria a imposição de uma sanção criminal, por sua vez, pode estar relacionada a duas situações distintas. A primeira delas refere-se ao fato de ter o ser humano escolhido livremente incorrer em delitos (desvios), sendo que, quanto mais ele permanecer praticando infrações e insistir em sua condução de vida pecaminosa, mais difícil será sair dela e menos liberdade terá para fazê-lo. O delito seria, portanto, fruto dessa situação, na qual o indivíduo já não é livre em ato, mas como o foi anteriormente, para escolher a situação, ele continua sendo livre em causa (aquele que escolheu a causa, escolheu o efeito). A segunda situação diz respeito à ideia de que o delito é indicativo de uma falha numa peça (indivíduo) da sociedade, sendo que tal falha acarreta um

perigo à própria estrutura social, evidenciando um estado de periculosidade. Nesse contexto, as agências jurídicas constituiriam aparatos mecanicamente determinados para o reparo ou a neutralização das peças defeituosas¹².

Conforme antecipado, quando podem ser detectadas no direito penal brasileiro formas de aproximar o juízo de culpabilidade à censura em relação às características pessoais do indivíduo, vislumbra-se um retorno a alguns postulados do positivismo penal. Sob esse prisma, os estudiosos do direito penal entendiam que o delito era a conduta praticada pelo homem com personalidade desarmônica, devido a causas orgânicas ou funcionais, herdadas ou adquiridas, ao passo que os interesses comuns a toda a sociedade estavam protegidos por uma norma, à qual o criminoso não consegue se acomodar. Desse modo, o desajustado representa um perigo, uma ameaça permanente à boa ordem, aos interesses legítimos que a norma consagra; a periculosidade do agente e a necessidade de defesa social tornam-se, portanto, os alicerces sobre os quais passa a ser legitimada a utilização do direito penal¹³.

Portanto, o criminoso deveria ser submetido a tratamento penal, assecuratório e tutelar, não porque o homem que cometeu uma transgressão seja livre no atuar, não porque seja idêntico consigo mesmo e semelhante aos demais, não porque seja normal, nem intimidável, mas porque constitui um perigo social, porque com seus atos revela sua temibilidade ou estado perigoso¹⁴.

Assim, por exemplo, poderiam ser citados como perigosos os criminosos habituais, posto que, segundo Magalhães Noronha, o indivíduo que vive no crime, em regra, é mais perigoso do que aquele que praticou dois delitos, intercorrendo entre eles sentença condenatória. Outra categoria de perigosos seria a dos reincidentes, e isso se daria ou porque a primeira pena teria se revelado ineficiente, ou pelo fato de o criminoso manifestar claramente sua inadaptação ou rebeldia à ordem constituída. Ainda, poderiam ser tidos como perigosos os condenados por crime cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha, posto que a associação para delinquir, em regra, revelaria delinquentes perigosos, uma vez que, seja pelo número de delinquentes, seja pelo caráter ou temperamento de seus integrantes, seja pelo modo de agirem, tornam mais difícil a defesa privada¹⁵.

É de se observar que, além de afrontar a exigência constitucional acerca da indispensabilidade de ofensa ao bem jurídico, a eventual incriminação a partir de características pessoais do sujeito também se opõe ao sentido do pluralismo erigido a fundamento da República Federativa do Brasil. Isto porque, conforme salientado, “a sociedade que dá embasamento a essa ordem jurídica não é uma sociedade monista; antes, apresenta as características de uma sociedade plural onde convivem, em permanente ebulição, classes e grupos sociais, econômicos, financeiros, culturais e ideológicos de tons variados e gradações cambiantes”¹⁶. Apresentar-se-ia incoerente, portanto, uma sociedade pluralista que aceitasse incriminar personalidades

diferentes daquelas ditadas como “corretas” pelos detentores do poder.

Não obstante, na prática das legislações não é raro serem encontradas formas de fazer o direito penal atuar ante indivíduos considerados perigosos – a partir, exclusivamente, de sua “periculosidade”. Isso se dá por meio de reprimendas caracterizadas por significarem medidas de segurança ou de tratamento, o que, segundo Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni, é largamente utilizada pelo ordenamento sob a forma de três categorias.

O primeiro grupo de medidas que se revestem do referido caráter de segurança ou tratamento diz respeito às chamadas medidas pré-delituais. Constituem elas consequências do estado perigoso e, em suma, de qualquer direito penal de autor. Trata-se, por exemplo, de tipos penais como a vadiagem, a prostituição, a embriaguez, a dependência química e a jogatina. Por intermédio da criação dessa espécie de comportamentos criminosos, portanto, é conferida uma considerável ampliação do poder das agências executivas, o que não só viola todos os princípios constitucionais limitadores da criminalização, como também permite selecionar portadores de estereótipos – repita-se: a partir, exclusivamente, de suas próprias características pessoais¹⁷.

A seguir, também atendendo à necessidade de ameaçar com uma sanção criminal não uma ofensa a um bem jurídico relevante, mas qualquer conduta que possa vir a significar um perigo à sociedade, devem ser citadas as medidas neutralizantes irracionais

ou medidas pós-delituais. Caracterizam--se estas por sua imposição também estar relacionada às características do autor, sem a realização de qualquer juízo acerca da culpabilidade do ato nem com o conteúdo do injusto típico. Como observam os autores supracitados, o que se verifica é uma mudança de denominação a fim de serem frustradas as garantias e os limites do direito penal. São impostas através de tipos normativos de autor, que costumam ser denominados reincidência, habitualidade, profissionalismo, tendência, incorrigibilidade e, em geral, acabam violando também o princípio de que ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo delito¹⁸.

Como terceira categoria, são mencionadas também as próprias medidas de segurança já assim denominadas no ordenamento jurídico. São elas dirigidas a pessoas incapazes de culpabilidade que tenham protagonizado um conflito criminalizado, particularmente quando se trata de uma internação manicomial, e implicam uma privação de liberdade por tempo indeterminado que só difere de uma pena em sua carência de limite máximo e, por conseguinte, na total desproporção com a magnitude da lesão jurídica causada. Resta ainda a constatação de que afrontam o princípio constitucional da igualdade na medida em que sintetizam a expressão de uma desigualdade intolerável baseada no acaso¹⁹.

Além do recurso a esses instrumentos tradicionalmente conhecidos no direito penal, a sociedade dos dias de hoje tem se deparado com uma nova forma de atuação do direito penal do autor. Sob a forma de direito penal do risco, pode ser verificada, na legislação penal, a antecipação da tipicidade na direção de atos de

tentativa ou mesmo preparatórios – o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, e possibilita o controle não apenas da conduta, mas também da lealdade do sujeito ao ordenamento²⁰. Como aponta Jakobs, não se trata da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade se antecipa em grande parte até o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança diante de fatos futuros e não à sanção pelos fatos praticados²¹.

A título de exemplo, sob a égide do Código Penal de 1940, embora fosse requisito para a aplicação da medida de segurança o cometimento de infração penal, foram abertas exceções: aplicava-se a chamada liberdade vigiada ao autor de tentativa absolutamente impossível e nos casos de ajuste, determinação ou instigação e auxílio para crime que não chegasse a ser tentado²².

Essa larga utilização do direito penal tem um claro significado, qual seja, o de que a sociedade de hoje clama pela inocuização dos indivíduos que possam pôr em risco a estabilidade, com seus comportamentos contrários à ordem desejada. A primeira consequência, que consiste no fato de que quando presa a pessoa está impossibilitada de cometer crimes fora do estabelecimento penitenciário, traz a certeza e a tranquilidade à coletividade de que, durante o tempo de cumprimento daquela pena, serão suficientemente seguros os efeitos da prevenção especial negativa²³.

4 A PERICULOSIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Na atual concepção que tem se formado acerca da punição, o que parece menos importar é o significado que ela pode adquirir: o essencial é que a coação seja efetiva. Essa efetividade, por sua vez, não está relacionada exclusivamente à reprovação de uma conduta praticada no passado, mas, igual ou prevalentemente, diz respeito ao futuro. Em outras palavras, o que se observa é uma enorme preocupação com o indivíduo considerado perigoso, ou seja, com aquele que apresenta uma tendência a cometer fatos delitivos de considerável gravidade, e que significa um perigo para a sociedade²⁴.

Isso é claramente verificado na legislação penal brasileira. Por um lado, tem sido cada vez mais frequente a utilização do instrumento penal do Estado para incriminar condutas que nem sequer chegam a expor, efetivamente, o bem jurídico que se quer tutelar.

Como exemplo, podem ser recordadas as recentes Leis n. 9.503/97, 9.605/98 e 10.826/03, que tratam, respectivamente, dos crimes de trânsito, contra o meio ambiente e relativos ao porte e comercialização de armas de fogo. Nessas leis, podem ser verificadas a incriminação de condutas como dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação, ainda que não exponha a perigo qualquer pessoa (art. 309 da Lei n. 9.503/97), a comercialização de motosserra, mesmo que nem sequer venha a colocar em risco qualquer vegetação (art.

51 da Lei n. 9.605/98), e a mera posse de arma de fogo, dentro da própria residência (art. 12 da Lei n. 10.826/03). Como se percebe, esses exemplos demonstram de forma clara que a punibilidade tende a avançar para o âmbito da preparação, e a pena dirige-se para os fatos futuros, não para as ofensas já cometidas.

De outro lado, a demanda social por segurança tem evidenciado a expectativa da coletividade quanto à utilização do direito penal com exclusiva finalidade de prevenção especial negativa. Significa dizer que vem ganhando força o sentimento de que ao direito penal cabe tomar as providências necessárias para retirar do convívio social o indivíduo que não se encaixa nos padrões tidos como desejáveis para a sociedade.

Assim, por exemplo, pode ser lembrada a Lei n. 10.792/03, que alterou o art. 52 da Lei de Execuções Penais, instituindo o regime disciplinar diferenciado para determinados detentos. A modificação introduzida no sistema penal estabelece o isolamento celular do apenado que comete crime doloso ocasionando subversão da ordem ou disciplina internas, por um período de até 360 dias²⁵, além de restringir o recebimento de visitas e restringir a duas horas diárias o banho de sol. É de ser ressaltado, ainda, que o regime disciplinar diferenciado também é destinado aos presos que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade e, ainda, àqueles em relação aos quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos. Percebe-se, portanto, que o critério para a imposição de isolamento completo, em cela individual, diz respeito

a um juízo de valor que pouco ou nada tem a ver com um direito penal do fato, e muito mais com um direito penal do autor²⁶.

Na jurisprudência essa percepção também é verificada. Podem ser tomadas como exemplos escolhidos aleatoriamente uma decisão do Supremo Tribunal Federal e outra do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, expressamente, reconhecem a “má personalidade do agente” como justificativa para o aumento de pena.

Assim, está expresso no *habeas corpus* n. 78.140-5-MS²⁷:

“Ainda quando não se possam considerar como antecedentes os atos infracionais praticados pelo menor, tratando-se de réu dotado de personalidade especificamente voltada para o crime, com base, inclusive, na multiplicidade desses atos, pode caracterizar-se a circunstância judicial da má personalidade do agente a justificar o aumento da pena-base.

“Assim sendo, e tendo, no caso, o aumento da pena-base sido baseado igualmente no caráter deformado do ora paciente em decorrência da contumácia de sua conduta – note-se, ainda, que, na espécie, o concurso de agentes, conforme consta na sentença, se deu com menor inimputável –, não se pode pretender que não haja motivação para esse aumento, como bem salientou o parecer da Procuradoria-Geral da República”.

E no acórdão relativo à apelação n. 223.940-3/7²⁸, consta o seguinte:

“Por derradeiro, volta-se contra a dosimetria da pena. No caso, não ocorreu o bis in idem. O Magistrado, ao justificar o aumento, narra a má personalidade do acusado e sua predisposição ao crime. Estes elementos não se confundem com a reincidência. Com efeito, têm eles caráter subjetivo, trata-se basicamente da aplicação do disposto no art. 59 do CP”.

Essa compreensão acerca do modo como vem sendo tratada a criminalidade atual é muito bem sintetizada no que Jakobs denomina “direito penal do inimigo”. Para se contrapor à avassaladora criminalidade que se espalha mundo afora, argumenta o referido autor que a pena, na sua concepção de comunicação aos cidadãos sobre os valores mais caros ao Estado, não é suficiente para conter a delinquência. Sugere Jakobs que contra o indivíduo perigoso deve ser utilizada a medida de segurança e não a pena, posto que deve ser dada preferência à luta efetiva contra o perigo em vez da comunicação²⁹.

Ao tratar o criminoso como inimigo, constata-se uma desconsideração expressa do indivíduo como cidadão (posto que, segundo aquele autor, no momento em que desrespeita o contrato social, o criminoso já não merece participar dos benefícios do Estado), e a sanção a ser a ele imposta adquire um sentido de instrumento de segurança³⁰.

É sob essa perspectiva, também, que se compreende – embora seja inadmissível – o modo absolutamente atentatório a direitos e garantias individuais pelo qual o processo penal tem sido posto em prática. O que pode ser observado é uma verdadeira

confusão entre os conceitos de processo penal e guerra; o que tem prevalecido é a concepção de que a persecução dos delitos deve se dar mediante a guerra³¹.

5 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE PERICULOSIDADE E DIREITO PENAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Da análise do discurso que sustenta ser a periculosidade do indivíduo o fundamento para a imposição de uma sanção criminal, percebe-se um claro afastamento dos pressupostos constitucionais da necessidade de lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico. Uma vez que a prática de uma infração penal deixa de ser o requisito indispensável para que alguém possa ser condenado criminalmente, o critério para escolher as pessoas que sofrerão a imposição de uma sanção deixa de ser objetivo. O grande risco que daí decorre diz respeito à possibilidade de o direito penal ser utilizado para afastar do convívio social justamente aqueles que não se adequam aos valores sociais e culturais dominantes pelo grupo detentor do poder.

Por essa linha de raciocínio, é possível aceitar também que nem todos os delinquentes são perigosos e, conseqüentemente, admitir que se a sanção criminal é voltada para o delinquente e tem por fim emendá-lo ou segregá-lo do meio social, em nome da defesa da sociedade, quando estiver ausente a periculosidade, não se justifica a sanção³². Com esse fundamento, portanto, poder-se-

ia deixar de aplicar uma pena àquele que, embora tivesse praticado um fato típico, não apresentasse um perigo para a sociedade.

Uma imputação penal nesses termos, ou seja, baseada exclusivamente no modo de ser da pessoa, afrontaria de forma clara o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – fundamento sobre o qual o direito penal do presente século deve ser erguido –, acarretando o não reconhecimento do indivíduo como ente autônomo ante o Estado, independentemente de suas condições e características³³.

Também, aceitar a periculosidade criminal implica aceitar uma determinação ao delito, que não se compatibiliza com o princípio do livre-arbítrio ou com as “capacidades de” ou “poder de” que aparecem como fundamento da culpabilidade³⁴.

6 CONCLUSÕES

Diante da dificuldade de contensão da criminalidade, a sociedade encontra-se, no momento atual, clamando por um direito penal que garanta a segurança dos cidadãos, expressando o desejo por uma intervenção do Estado cada vez maior, tendo em vista retirar do convívio social aqueles indivíduos que se mostrem atentatórios à paz e à ordem. Não obstante essa constatação, claro está que o reclamo por intervenções nesse sentido se encontra absolutamente desamparado constitucionalmente, posto evidenciar clara tentativa de substituir o direito penal do fato pelo direito penal do autor.

Embora prevaleça na doutrina e, em termos teóricos, também na jurisprudência, o rechaço à possibilidade de vir o direito penal a se fundar nas características da pessoa e não no fato por ela praticado, é possível observar que a antecipação da punição para condutas que nem sequer chegam a expor a perigo bens jurídicos não deixa de significar uma antecipação do direito penal para punir pessoas que, embora não tenham externado nenhuma conduta efetivamente ofensiva a bens jurídicos, pelos seus atos podem ser consideradas perigosas para a manutenção da paz e da ordem pública.

Exemplos mais claros também se fazem presentes no direito penal brasileiro. A recente lei que estabeleceu o regime disciplinar diferenciado tem um nítido significado de evidenciar os anseios da população pela eliminação, do convívio social, daquele que não se enquadra nos padrões dominantes. Para aqueles que não se comportam conforme os padrões estabelecidos, faz-se necessário o isolamento, para que aqueles que se consideram "do bem" não precisem com eles conviver e não tenham, conseqüentemente, sua segurança ameaçada.

Tão preocupante quanto a constatação de que, paulatinamente, vem se firmando no ordenamento jurídico uma velada substituição do critério da culpabilidade pelo da periculosidade, é o modo como isso vem acontecendo. Na legislação, sob o argumento de que certos bens jurídicos reclamam a antecipação da tutela para quando estiverem expostos a perigo, tem-se observado um crescente número de diplomas legais que acabam por legitimar a intervenção penal do Estado para coibir

posturas ou comportamento que podem denotar tão somente um perigo para a sociedade. E isso sem mencionar a falta de controle que o Estado ostenta diante de determinados criminosos – o que acaba sendo suprido com reformas legislativas extremamente afrontosas aos princípios que regem a execução penal, e especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Na jurisprudência, por sua vez, não é raro serem encontradas decisões em que é clara a maior censura que recai sobre determinados tipos de infratores – o que se torna mais concreto quando analisada a dureza das penas impostas.

Ante essa situação, ao operador do direito penal cabe estabelecer quais contornos deve ostentar a intervenção estatal punitiva. Embora a tendência atual seja utilizar o instrumento criminal para eliminar da sociedade pessoas de determinada classe social, de determinado nível econômico e também cultural, fundar o ordenamento penal na reprovação do autor, e não da conduta, significa patente afronta às mais caras garantias estampadas no texto constitucional. Ao contrário do que pode parecer em momentos de grande alarme social devido ao crescimento da insegurança, afrontar a Constituição não parece ser a solução mais adequada. Isso porque é somente a partir do respeito à Constituição, por meio da intervenção do Estado no sentido de promover a educação, saúde, cultura etc., que é possível haver espaço para a utilização do direito penal como *ultima ratio*, apenas para proteger bens jurídicos de elevada importância social, ante os ataques mais graves. Enquanto a omissão do Estado nos setores sociais continuar sendo reparada por meio do endurecimento da intervenção penal, o número de “perigosos” tenderá sempre a

aumentar e o ordenamento jurídico terá de reprimi-los sempre, fingindo que assim promove a tão festejada segurança.

7 BIBLIOGRAFIA

ALAGIA, Alejandro, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1.

BRUNO, Aníbal. Teoria da perigosidade criminal. In *RT* 779/753.

BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal de inimigo. In *Revista de Estudos Criminais*, n. 14, 2004, p. 137 a 145.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: La culpabilidad y la peligrosidad. In *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo – Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel e JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (orgs.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1959. v. 1. t. II.

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

JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2003.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

PALAZZO, Francesco. *Introduzione ai Principi del Diritto Penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.

_____. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SLOKAR, Alejandro, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo e ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

STOCO, Rui e FRANCO, Alberto Silva (orgs.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

Responsabilidade penal: aspectos polêmicos

1 Introdução

2 Dosimetria

2.1 Pena base

2.1.1 Antecedentes e personalidade

2.2 Segunda fase da dosimetria

2.2.1 Emprego de meio de que podia resultar perigo comum

2.2.2 Agravante nos crimes contra o meio ambiente

2.3 Terceira fase da dosimetria

3 Pena Zero e Roxin

4 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Peculiaridades

4.1 Pena de morte

4.2 Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público

4.3 Relevância da omissão

5 Conclusões

6 Bibliografia

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

*Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP. Professor do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP e Assessor de Ministro do Superior
Tribunal de Justiça.*

1 INTRODUÇÃO

A ideia de escrever sobre o assunto decorreu de várias inquietações de ordem científica, que foram aflorando na lida diária com o Direito Penal e com o Direito Processual Penal. Num efeito cumulativo, desaguaram na elaboração do presente estudo, que pretende trazer a contexto algumas particularidades das diversas fases da cristalização da resposta punitiva, propondo algumas sugestões de melhoria.

Fenômeno dos mais inquietantes é a concretização da sanção criminal. Desafia estudiosos e curiosos, filósofos de cátedra e de ocasião. Da mesma forma que se afirma que o Brasil possui cento e cinquenta milhões de técnicos de futebol, também é possível dizer que dispõe do mesmo número de comentaristas de ocorrências policiais. É muito comum ouvir, em qualquer canto, leigos comentando sobre os inimigos públicos número um. Estes vão se enfileirando, ganham espaço na mídia e são substituídos por novos, cada vez mais surpreendentes e audaciosos. Precisam ser mais e mais impactantes para ocupar o caro espaço dos meios de comunicação. Não basta ter sangue. Para chocar a já anestesiada população é necessário que haja muitas tesouradas ou facadas; que a vítima seja um ou ambos os pais que, dormindo, sejam atacados a pauladas; ou que sejam os filhos, fritados, esquecidos em carros ou atirados pela janela.

De qualquer forma, já se escreveu, trata-se o crime de fenômeno ambivalente, a atrair o asco e a admiração do público, não só aqui, mas em todo o mundo. *Mutatis mutandis*, dramas humanos, reais ou artificiosos, também têm catalisado a atenção do público em *reality shows* que, *concessa venia*, podem revelar

violação de cânones constitucionais, como a preservação da dignidade humana. Ora, a comunicação social é serviço público, exercido mediante concessão ou permissão do Poder Executivo (CF, art. 223), sendo que a programação das emissoras de rádio e televisão deverá respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família. Daí se questiona: instrumentalizar seres humanos, claramente com fins comerciais, como se fossem cavalos numa pista de corrida, consagra qual valor? Kant deve estar se revirando no túmulo.

Os telespectadores, por meio do telefone, *eliminam os maus*. Semelhantemente, não raras vezes, as instâncias formais de controle, ingenuamente, propalam discursos de erradicação do crime. Contudo, ele sempre persiste, como uma marca, indelével, da sociedade. Malograram, historicamente, as tentativas de inocuização dos *delinquentes*.

Lembrando os termos empregados pelos abolicionistas, trata-se de ótica academicamente esquizofrênica e politicamente irracional.

Diante de tal pano de fundo, é que se analisará como têm sido engendradas as condenações proferidas por juízes imersos neste contexto social, que se têm notabilizado pelo emprego dos termos *paredão* e *eliminação*.

Serão objeto de apreciação de diversos aspectos da responsabilização criminal, como a dosimetria e o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena.

2 DOSIMETRIA

Em excelente monografia, que lhe conferiu o título de doutor, o Professor de Direito Penal da Universidade de São Paulo, David Teixeira de Azevedo, ensina que dois são os critérios, colhidos do comportamento do agente, que orientam o julgador no mister de construção da reprimenda penal: aspectos ligados à afetação do bem jurídico e às peculiaridades concernentes à culpabilidade¹. Tanto na elaboração legal do tipo penal quanto no estabelecimento das circunstâncias (judiciais, agravantes/atenuantes, majorantes/minorantes e qualificadoras/privilegiadoras), tem-se sempre em mira esquadrihar, sob tais perspectivas, uma resposta proporcional à natureza do comportamento ilícito.

Desta forma, o sistema trifásico de Nelson Hungria, cristalizado no art. 68 do Código Penal, revelaria certa atecnia, porquanto: "O direito penal voltado à proteção exclusiva de bens jurídicos sairá igualmente negado, e com ele a finalidade preventiva da pena, quando na dosimetria, em decorrência de causas de aumento ou diminuição ligadas à culpabilidade, abaixar-se a pena para aquém do mínimo ou se elevar para além do máximo, em descompasso com a natureza do bem posto sob tutela, numa hipotutela, na primeira hipótese, ou numa hipertutela, na segunda"².

De acordo com a proposta do Lente da USP, a fim de corrigir tal problema, seria imperioso, antes de se iniciar o cálculo da pena, considerar todas as circunstâncias relativas ao bem jurídico, podendo-se, nesta etapa preliminar, ultrapassar as bandas

punitivas. Já as circunstâncias ligadas à culpabilidade seriam empregadas, ao cabo, operando sobre o terreno valorativamente cimentado pelo legislador, diretamente, por meio do preceito secundário, ou, indiretamente, de acordo com as balizas fincadas nas circunstâncias objetivas, consideradas prefacialmente.

Todavia, tais particularidades dogmáticas, no cotidiano forense, simplesmente passam despercebidas. A entrega da prestação jurisdicional tem sido empreendida, infelizmente, *no atacado*. Os sofridos juízes brasileiros, premidos pelas montanhas de autos, desenvolvem o seu trabalho, na medida do possível, obedecendo a certas orientações cunhadas pelos Tribunais que, por vezes, *data venia*, revelam iniquidade.

Abre-se necessário parêntese. Ninguém nega que a celeridade processual é um valor dos mais caros, tanto assim que, com a Reforma do Judiciário, foi ele alçado à condição de direito fundamental – art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Contudo, os Tribunais, diante da ilegal morosidade, ao simplesmente concederem ordens determinando o imediato julgamento dos feitos, passam ao largo de aspecto sistêmico e, ainda, agigantam o problema. Exemplifico: caso se entenda que um ano é tempo demais para se apreciar um *habeas corpus* de réu preso, determinando-se o seu julgamento na primeira assentada, culmina-se, por vezes, por estabelecer uma ultrapassagem de outros feitos mais antigos, igualmente de réus presos, e, quiçá, envolvendo pessoas em situação bem mais grave. Fecha-se o parêntese.

O presente estudo relaciona-se, desta forma, a este estado de coisas, em que se tem passado por cima de princípios constitucionais dos mais caros, sob justificativas, muitas vezes ocas, como a celeridade.

2.1 Pena base

A forma um tanto pessoalista, a quebrantar o princípio inserto no art. 37 da Constituição Federal, como tem sido empregado o art. 59 do Código Penal, chama a atenção.

Analisando a jurisprudência relativa ao art. 157 do Código Penal é possível ter uma noção do que se afirma. A pena base do roubo tem sido incrementada a qualquer custo – dada a ojeriza causada pela frequência crescente de tal crime.

Quando o crime é praticado à noite, aumenta-se a pena, porquanto estaria o bem jurídico mais vulnerável. A justificativa é plausível, até mesmo por uma questão de coerência, à luz do disposto no art. 155, § 1º, do Código Penal, que prevê majorante decorrente de o furto ser praticado durante o repouso noturno. Por outro lado, quando o roubo é praticado *durante o dia*, tem-se promovido acréscimo à sanção penal, pois teria o agente revelado maior ousadia, não demonstrando freios inibitórios.

Ora, sendo assim, abastarda-se a figura do roubo simples, como se tem verificado com o homicídio. Ou bem o delito é praticado com motivo repugnante – sendo qualificado pelo motivo torpe; ou, por outro lado, não apresentaria motivo, corporificando, também, a modalidade qualificada, em razão do motivo fútil. Trata-

se de política criminal implacável. Parece que já se parte de uma pré-configurada resposta rígida, transitando pelo ordenamento jurídico em busca de lastro para “motivar” o robustecimento.

Lembre-se, por exemplo, a exasperação da pena em razão da premeditação, por ter sido o crime fruto de preparação com antecedência. Apesar de já ter figurado entre nós como agravante³, não se mostra tão clara a sua incidência, *tout court*, como circunstância judicial⁴. Isto porque o tempo é um componente que pode funcionar de diversas formas na gestação da conduta, em sentido jurídico-penal. Ora, no interregno que antecede a relevância penal, a profusão de influências que recai sobre o agente pode aproximá-lo, ou não, de sua inserção no plano da tipicidade. Em vez de revelar maior reprovabilidade, pode, antes, conduzir a um quadro de insegurança, de um transitar entre as opções lícito/ilícito, entre a afetação do bem jurídico e o retroceder. Tanto assim é que o Código Penal passa ao largo do termo premeditação, fluido por natureza, a remontar concepções cientificamente já superadas. Desta forma, seria importante que o juiz, ao fundamentar o incremento da pena, demonstrasse a elaboração minudente de plano delitivo, com sofisticação e/ou empenho na sua implementação e, não, meramente se reportando a expressão dubitativa.

2.1.1 Antecedentes e personalidade

Afora a questão toda ligada ao princípio da presunção de inocência, na qual julgados há insistindo em considerar, indevidamente, ações penais/inquéritos policiais em curso⁵, há

outro aspecto que, nesta oportunidade, será abordado. Trata-se da questão da utilização de registros menoristas para o fim de incrementar a pena base.

Tem-se recorrido a tais incidências para o delineamento de *personalidade voltada para o crime*⁶.

Num primeiro lance, é possível compreender a motivação daqueles que se servem de procedimentos apuratórios de atos infracionais para estabelecer pena base mais intensa. À luz do princípio da isonomia, de fato, fica difícil, por exemplo, aplicar a mesma pena para dois rapazes, com a mesma idade, 18 anos; um, multirreincidente em atos infracionais, e outro, que apenas debuta na ilicitude.

Todavia, a maioria, como pressuposto de imputabilidade, assenta-se em uma presunção, de que é a partir dos dezoito anos que se inicia a capacidade de culpa [compreensão da (i)licitude e autodeterminação de acordo com tal entendimento]. Assim, resgatar fatos anteriores a tal marco implica subverter a lógica do sistema.

Na ponderação de valores, a bem da segurança e da coerência jurídica, o princípio da igualdade cede diante do da legalidade.

O Superior Tribunal de Justiça, em precedentes de suas duas Turmas criminais, tem dado mostras de que o acréscimo punitivo mostra-se marcado por aberta ilegalidade:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. (1) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ELEMENTOS CONCRETOS. REFERÊNCIA. NECESSIDADE. (A) ELEMENTARES. REFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (B) GRAVIDADE DO CRIME. IDONEIDADE. AUSÊNCIA. (C) PERSONALIDADE/ANTECEDENTES. PASSAGENS PELA VARA DA INFÂNCIA. IMPROPRIEDADE. (2) PENA BASE. MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231. (3) REGIME INICIAL. PENA DE MAIS DE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL. SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A primeira etapa da dosimetria da pena revela-se verdadeira sintonia fina da resposta estatal. Somente à luz de dados concretos pode-se promover a exasperação da sanção. É inadmissível, como já consolidado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, incrementar a pena base com fulcro na gravidade do delito ou nas respectivas elementares do tipo penal imputado.

2. O Direito Penal, dadas as conquistas liberais, estabelece a distinção entre as respostas penais: para imputáveis, à luz da culpabilidade, cominam-se penas; para inimputáveis, de acordo com a periculosidade, são estabelecidas medidas educativas/curativas. Diante deste modelo, é impossível exacerbar a reprimenda criminal com base em passagens pela Vara da Infância; isto porque, assim se entendendo, confundem-se grandezas distintas – culpabilidade e periculosidade. O comportamento carente de capacidade de entendimento/autodeterminação não se presta a aumentar a pena.

3. A pena corporal inferior a oito e superior a oito anos, existente circunstância judicial desfavorável, autoriza a fixação do regime inicial fechado.

4. Ordem concedida em parte para: a) alterar o regime inicial de cumprimento da pena do paciente Marcus, do fechado para o semiaberto; b) diminuir a pena corporal do paciente Moisés para 6 anos e 8 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado; e, em relação ao paciente Cristiano, *writ* denegado.

(HC 57.924/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 08/06/2009)⁷

De mais a mais, ancorando-se em um Direito Penal do fato, não devem ser aceitos acréscimos punitivos desligados de eventos concretos e etiologicamente conectados com o sucesso delitivo.

Logo, dados da personalidade do agente somente poderão refletir negativamente quando exurgirem em atos concretos que indiquem uma vinculação com a afetação do bem jurídico⁸. Do contrário, abertas estarão as portas para as punições de perfis e de tendências: do muçulmano, do judeu, do negro, do corinthiano, ou de qualquer outro estereótipo⁹.

Vem em abono ao ora defendido a seguinte lição doutrinária acerca do real e objetivo alcance da circunstância personalidade: "O agente será mais ou menos reprovável se na formação de sua personalidade (que se compõe de genótipos e fenótipos) tenha dado prevalência ao desenvolvimento de tendências negativas,

aderindo a valores básicos na constituição de seu modo de ser, de forma a que a decisão pelo ato delituoso se insira no projeto negativo de vida que escolheu para si mesmo”¹⁰.

2.2 Segunda fase da dosimetria

2.2.1 Emprego de meio de que podia resultar perigo comum

Dentre as agravantes, elege-se uma para desenvolver um raciocínio de cunho sistêmico.

Põe-se em relevo a alínea *d* do inciso II do art. 61 do Código Penal, que conduz à exasperação da resposta estatal quando o crime é perpetrado: *com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum*. As considerações que se seguirão guardam relação apenas com a fórmula genérica, “de que podia resultar perigo comum”.

Dúvida não há de que o Direito Penal não sobrevive per se. Trata-se de ramo do direito que suga a seiva vital de outros ramos para existir: é, pois, subsidiário. Devem ser lembradas as palavras de Alberto Silva Franco, a propósito:

O princípio da intervenção mínima encontra expressão em duas perspectivas diversas: o princípio da fragmentariedade e o princípio da subsidiariedade. (...) “A tarefa do Direito Penal é precisamente a de intervir o mínimo possível para conseguir o máximo de liberdade” (Juan Carlos Carbonell. *Idem*, p. 194). Ou, como adverte Antonio García-Pablos de Molina (*Idem*, p. 558/559), o Direito Penal não pode ser a *prima ratio*, nem a *unica ratio* para fazer face às tensões sociais: “é a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção

traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em casos de estrita necessidade, para defender os bens juridicamente fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito as demais estratégias de natureza não penal”.

(...)

Já o princípio da subsidiariedade põe em destaque o fato de que o Direito Penal não é o único controle social formal dotado de recursos coativos, embora seja o que disponha, nessa matéria, dos instrumentos mais enérgicos e traumáticos¹¹.

Pois bem, fixada a dimensão subsidiária do Direito Penal, passa-se a analisar a maneira pela qual a responsabilidade penal, por vezes, tem se desnaturado, estendendo seus domínios para áreas nem sequer abarcadas pelos ramos originários de tutela.

O Código Civil, ao tratar dos atos ilícitos, estatui:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Veja-se: não basta a violação do direito, é necessário que, de tal comportamento, sobrevenha *dano* para ensejar a tutela civil. Assim, em regra, a responsabilidade civil é cristalizada à luz do efetivo prejuízo. Segundo Maria Helena Diniz: “Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão”¹².

Todavia, a legislação penal, ainda ressentindo-se de ranços moralistas, despreza sua natureza subsidiária e empreende a construção de pena, desligando-se da primária proteção efetivada no ramo principal.

Não se nega a existência e a importância dos crimes de perigo¹³ no contexto de comportamentos que, efetivamente, representem risco para o bem jurídico objeto de tutela. Trata-se, contudo, ou, pelo menos, dogmaticamente, dever-se-ia tratar, de universo de condutas que, claro, os outros ramos do direito chancelassem como ilícito. Somente em tal campo seria lícito ao Direito Penal penetrar. Exemplos de correta incriminação do perigo são verificados, atendendo-se ao mencionado critério, no art. 33 da Lei 11.343/06 (tráfico de drogas); no art. 14 da Lei 10.826/03 (porte ilegal de arma) e art. 34 da Lei 9.605/98 (pesca em local proibido).

Também não pode o legislador, desrespeitando o princípio da intervenção mínima, incriminar fato que jamais ocorreu em nosso território. Tal ocorreu, entre nós, com a Lei 11.105/05. Cuida-se de diploma que dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança, tipificando o seguinte:

Art. 26. Realizar clonagem humana:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Ora, como é possível incriminar um comportamento que, perante nossa ordem normativa, jamais aconteceu? Seria, de fato, necessária a incriminação neste momento? A precipitação afigura-se patente.

Quem são os destinatários da norma? Alguns poucos cientistas, os quais necessitam ter, atrás de si, uma estrutura e investimentos portentosos. Assim, prosseguindo os

questionamentos, não bastaria, por exemplo, cassar a autorização para promover experiências genéticas?

Demais disso, com fulcro em que, cabalisticamente, estabeleceu-se a sanção corporal de dois a cinco anos de reclusão? Tal intervalo é cunhado à luz de uma escala de práticas delitivas, coagulada pelo *id quod plerumque accidit*. Mas, se o fato tipificado nunca se materializou, tem-se manifestação do Direito Penal de precaução, cujas bases não se ligam ao ideário democrático¹⁴.

A elaboração da parte final da alínea *d* do inc. II do art. 61 do Código Penal (emprego de instrumento que podia causar perigo comum) se ressentido do mesmo vício de origem presente na Lei de Biossegurança: desaviso do legislador.

É inegável a relevância normativa do momento veto/sanção. Apesar disso, confira-se o nível redacional da seguinte exposição de motivos do veto ao artigo que disporia sobre o crime de poluição sonora na Lei 9.605/98:

O art. 42 do Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941, que define as contravenções penais, já tipifica a perturbação do trabalho ou do sossego alheio, tutelando juridicamente a qualidade ambiental de forma mais apropriada e abrangente (...).

Tendo em vista que a redação do dispositivo tipifica penalmente a produção de sons, ruídos ou vibrações em desacordo com as normas legais ou regulamentares, não a perturbação da tranquilidade ambiental provocada pela poluição sonora, além de prever penalidade em desacordo com a *dosimetria penal vigente*, torna-se necessário o veto do art. 59 da norma projetada. (Destaquei.).

Tal imperícia nomogênica culminou na edição, na mesma Lei, do *crime mula sem cabeça*¹⁵ x.

Assim, tem-se que a tão só referência ao emprego *de meio de que podia*¹⁶ *gerar perigo comum*, per si, ao menos para os fins dos crimes patrimoniais, de acordo com o art. 186 do Código Civil e com o princípio da subsidiariedade, não pode conduzir à elevação da pena base. Tal efeito, defende-se, também não é de se verificar em relação ao universo de condutas arriscadas não proscritas pelos ramos principais, como o Direito Administrativo, Tributário, etc.¹⁷.

2.2.2 Agravante nos crimes contra o meio ambiente

Após as críticas formuladas ao legislador ambiental no plano penal, note-se o teor do seguinte dispositivo:

Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II – ter o agente cometido a infração:

(...)

c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente;

Além de ter presente o axioma de que, na lei, não há palavras inúteis¹⁸ e de que o Direito Penal constitui-se em *ultima ratio*, é evidente que toda infração penal ambiental *afeta* o meio ambiente. Ademais, *afetar* é um verbo que, em termos de técnica penal, envolve lesar e expor a risco um dado bem jurídico¹⁹.

Portanto, a matéria que deveria, sim, ter sido vetada pelo Poder Executivo simplesmente passou despercebida²⁰.

2.3 Terceira fase da dosimetria

É muito interessante analisar como a jurisprudência se forma, os influxos que a antecedem e, pode-se dizer, o movimento de resistência dos órgãos de instâncias inferiores²¹.

Neste tópico, será tratada a compreensão consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça de que, havendo mais de uma majorante no crime de roubo, não é pela maior ou menor quantidade delas, que o incremento será, mais ou menos, intenso.

Firmou-se, antes, entendimento que prestigia o disposto no seguinte comando do Código Penal:

Art. 68 (...)

Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

O carinhosamente chamado Tribunal da Cidadania já pacificou a tal ponto a jurisprudência que os Ministros enfrentam a matéria corrigindo a dosimetria da pena por meio de decisões unipessoais²².

E, a despeito de até o Supremo Tribunal Federal já ter sumulado o entendimento de que, em razão da gravidade do delito,

não é possível a aplicação de regime mais gravoso²³, as Cortes Estaduais mantêm posicionamento contrário.

Ora, é simples combinar as duas diretrizes e resolver a necessidade de fixação do regime fechado para o autor de roubo duplamente circunstanciado. Basta, apenas, utilizar-se, na terceira fase, de uma das causas de aumento, a mais grave, nos moldes do parágrafo único do art. 68 do Código Penal, servindo-se da outra como circunstância judicial, na primeira etapa²⁴. Desta forma, de acordo com o teor do art. 33, § 3º do Código Penal, torna-se plenamente possível, *e motivado*, o estabelecimento do regime fechado para a hipótese.

3 PENA ZERO E ROXIN

Lembrando as palavras do professor Miguel Reale Júnior, o crime é um todo indecomponível, sendo que o seu conceito analítico o fragmenta apenas para fins técnico-operacionais. Daí a decomposição nas categorias: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Por seu turno, Claus Roxin, na sua formulação funcionalista do Direito Penal, resgatando, em alguma medida, a tônica sociológica conferida por Franz von Liszt, exaspera-a a ponto de pôr em destaque a política criminal. Tal faceta da ciência total do Direito Penal passa a ocupar lugar de relevo, libertando-se dos grilhões decorrentes da dogmática.

Neste passo, é importante resgatar a seguinte síntese de Bustos Ramires:

La incorporación a la dogmática penal de las finalidades político-criminales transforma la dogmática penal de sistema cerrado en sistema abierto y, por tanto, en continua renovación y creación.

(...)

Sin embargo, tal planteamiento no puede sustraerse a lo que sucede y ha sucedido en la realidad, y a ello obedece que el propio MIR PUIG y también MUÑOS CONDE se hagan eco de la observación de ROXIN respecto a que la prevención general ha propendido al terror penal.

Y es por eso mismo por lo que plantea una prevención sometida estrictamente a los principios de un Estado de derecho democrático, que implica su sometimiento a los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad y dignidad de la persona humana.

(...)

Debido a ello hemos sostenido que la única finalidad de la pena es la autocomprobación del Estado, es decir, señalamiento público de los límites máximos tolerables dentro del sistema elegido y demarcación con ello de la actuación de los ciudadanos.

(...)

Y es eso lo que ha llevado a ROXIN, por ejemplo, a señalar que la culpabilidad solo puede servir como límite a la pena, en virtud de su finalidad garantizadora; pero que materialmente la pena debe regirse por la responsabilidad que se determina conforme a los criterios político-criminales de la necesidad de la pena²⁵.

Diante de tal ótica, em que a culpabilidade funciona como limite de aplicação da pena, tem-se que a responsabilidade penal será estabelecida à luz do caso concreto, de acordo com a necessidade do emprego da pena. Segundo Antonio Luís Chaves Camargo: "O fim da pena, neste sentido, como *ultima ratio* da intervenção estatal, se apresenta com um caráter positivo, que é o

restabelecimento do consenso valorativo de um bem jurídico ou de uma relação de comunicação social, num determinado momento da vida social”²⁶.

Com fulcro em tais considerações, põe-se a debate um particular aspecto ligado ao método de aplicação da pena, mais propriamente, o sistema de cômputo das causas de diminuição de pena. É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que as minorantes se aplicam de acordo com o método cumulado, ou seja, incidindo sucessivamente.

Vê-se, assim, que há uma preocupação em se evitar o cálculo que possa alcançar a pena zero ou a pena negativa²⁷.

Contudo, formula-se a seguinte questão: não seria possível, de acordo com a visão teleológico-funcional de ROXIN, afirmar que, diferentemente de um erro lógico, a pena zero/negativa revelaria, em verdade, a concreta desnecessidade de pena?

Sabe-se que o raciocínio brasileiro é conformado por uma tradição positivista, sendo, portanto, muito difícil pensar que um fato típico, antijurídico e culpável não seja merecedor de pena. Todavia, convida-se a meditar, à luz da lição funcionalista, que o próprio ordenamento jurídico, em certos casos, indica o caminho da desnecessidade de imposição de reprimenda.

Apresenta-se o seguinte exemplo. O agente pratica um furto simples tentado. Ausentes circunstâncias judiciais negativas e agravantes/atenuantes, passa-se à terceira fase. Distanciando-se muito da consumação, aplica--se a minorante (art. 14, parágrafo

único, do CP) de dois terços, alcançando-se a reprimenda de quatro meses. Ainda na terceira fase, acrescenta-se que o sujeito ativo, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, incidindo, pois, nova diminuição de um terço. Tem-se, assim, um fato em que a pena alcançou o quantitativo de zero. Note-se que as duas circunstâncias obrigatoriamente incidem, per si, no cálculo, diante da interpretação *contrario sensu* do parágrafo único do art. 68 do Código Penal. Em simetria com a aplicação das majorantes, cujas frações sempre incidem sobre o montante inicial, verifica-se que não vai ser aplicada pena corporal ao paciente. Tal raciocínio afigura-se, de fato, de difícil aceitação para os nossos padrões. Mas, percebe-se que, no crime de furto, quando a lesão é diminuta (não insignificante), sendo favorável o perfil do agente, pode o juiz deixar de aplicar a privação de liberdade (art. 155, § 2º do Código Penal).

Portanto, convida-se ao debate, revisando a concepção pacificada na doutrina e na jurisprudência, diante dos ensinamentos de Claus Roxin.

4 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: PECULIARIDADES

Como já muito se escreveu sobre o acerto, ou não, da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não se cuidará do

assunto²⁸. Outras particularidades serão exploradas a seguir.

4.1 Pena de morte

O aspecto ora em foco diz com a disposição inserta no seguinte dispositivo da Lei 9.605/98:

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

O legislador ambiental, após tantos tropeços na seara penal, neste passo, mostrou desrespeito também a preceitos de Parte Geral do Direito Civil. Ora, é comezinho que, para a existência legal da pessoa jurídica, deve-se promover o registro de seus atos constitutivos, sendo bem pouco provável que tal se viabilize com um objeto social composto pela facilitação ou ocultação da prática de crime definido na Lei 9.605/98.

Tenha-se presente, a propósito, o que se contém no Código Civil:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

(...)

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

(...)

A constituição da pessoa jurídica de direito privado é, em regra, um negócio jurídico, e, portanto, pressupõe a licitude de seus fins, não podendo o seu objeto consubstanciar-se na facilitação de prática delitiva. Lembre-se, a respeito, a lição de

Maria Helena Diniz: “Há portanto uma manifestação de vontade para que se possa constituir pessoa jurídica, para cuja validade devem ser observados os requisitos de eficácia do negócio jurídico. (...) de modo que seriam nulas as sociedades que tivessem por objeto a fabricação de moedas falsas”²⁹.

A matéria, em tais moldes, não deveria ser regida na Lei 10.406/02, mas, antes, deveria se encontrar disciplinada no seio da Lei 9.034/95 – que cuida das organizações criminosas.

Desta forma, a regra que cuida da possibilidade de liquidação forçada restringe-se, na prática, às hipóteses de desvio de finalidade.

Percebe-se, pela redação do art. 24 da Lei dos crimes ambientais que, para sobrevir a sanção de liquidação forçada, é necessário que a pessoa jurídica seja empregada preponderantemente para a prática de crime em tal diploma descrito.

Assim, a bem do princípio da presunção de inocência, é importante que se reconheça, em decisão definitiva, tal circunstância para a sujeição a providência tão drástica.

Note-se, inclusive, que se trata de providência de discutível constitucionalidade, dado o que se contém no art. 5º da Lei Maior:

XLVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

A Lei 9.605/08 lista quais são as sanções que podem ser impostas à pessoa jurídica:

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

- I – multa;
- II – restritivas de direitos;
- III – prestação de serviços à comunidade.

Apesar de a liquidação forçada em tal rol não se inserir, deve ser tratada como uma sanção, sob pena de se agredir a cláusula do devido processo legal.

A extinção da pessoa jurídica, como resposta penal, pode ser vista sob um viés de inconstitucionalidade, diante da vedação de penas de caráter perpétuo. Mas, nesta oportunidade, prefere-se trilhar veio diverso, enxergando, na hipótese, a pena capital. É possível aproximar o fenômeno à morte civil³⁰.

Aspecto interessante é que, dentre todas as modalidades de penas proscritas no referido inciso do art. 5º da Constituição Federal, a de morte é a única que comporta exceção.

Repare que a *mens* que empolga o inciso, até mesmo tendo em conta a sua posição topográfica no texto da Constituição, diz com aspectos de proteção humanitária. Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior lembram: “O Direito Penal moderno se afasta cada vez mais da pena máxima, repelindo com veemência a sua

utilização. Por seu turno, este Direito Penal estreita relações com vertentes mais democráticas e humanitárias, que buscam medidas punitivas eficazes, não obstante em harmonia com os princípios das consagradas Declarações de Direitos Humanos”³¹.

Se assim, realmente, é, por qual razão, de modo absoluto, não se admite o banimento e, de forma excepcional, tolera-se a aplicação da pena de morte em caso de guerra declarada? É de se notar que o banimento, sob a ótica do respeito à dignidade humana, é bem menos agressivo que a morte.

Pode-se imaginar que no interior do inciso XLVII, de colorido humanitário, haveria uma ressalva de natureza utilitária. Mas, perceba-se, em meio a uma guerra, da mesma forma que seria *utilitário* simplesmente eliminar (volta-se a enfrentar o termo) os inimigos, também é de se admitir que obrigá-los a trabalhar também o seria.

A pena de morte, em meio a conflitos, pode ser, pelo contrário, muito pouco útil. Os algozes podem se tornar verdadeiras vítimas do mito, cristalizado na imagem do mártir, que possui o poder catalisador de movimentar eventuais massas insurretas.

Por mais que este autor já tenha meditado acerca das razões que conduziram o constituinte a relativizar o valor-chave *vida*, do qual todos os demais derivam, nenhuma explicação ainda pôs cobro à inquietação científica; ainda mais tendo em conta que todas as demais hipóteses presentes no mencionado inciso não admitem ressalva.

Feita a digressão, necessário registro de perplexidade dogmática, conclui-se que a sanção imposta no art. 24 da Lei 9.605/98 ressoa de inconstitucionalidade, seja sob o enfoque da pena de caráter perpétuo, ou pela angulação da pena de morte. Apesar de a intenção dos defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica ser nobre – promover a efetiva tutela penal diante do poder de destruição dos entes morais – esbarra-se em “problemas” de ordem constitucional, como a preservação de direitos e garantias previstos no art. 5º da Lei Maior.

4.2 Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público

Tema bastante delicado diz respeito à admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público.

Antes de qualquer incursão sobre a matéria, é importante fixar quais são os requisitos para que se possa imputar ao ente moral a prática delitiva. Eis o que estatui a Lei 9.605/98:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

A melhor doutrina acrescenta, ainda, que se deve ter valido do poderio institucional para a empreitada criminosa³².

Um exemplo poderá facilitar a visualização das conclusões que se seguirão. Um governador de Estado, pensando no progresso econômico e social, determina a construção de uma obra viária. O resultado do empreendimento, de fato, traz ganhos patrimoniais

para os empresários e, com os impostos, tal gestor público consegue melhorar a rede de escolas. Todavia, dolosamente, o agente político não promove a realização de estudos/relatórios de impacto ambiental, perpetrando, então, o art. 50-A, da Lei 9.605/98³³.

O governador teria praticado o crime na qualidade de representante da Unidade Federal, servindo-se do poderio institucional, beneficiando vários setores da sociedade. Haveria, então, responsabilidade do Estado, em concurso de agentes com o gestor público?

Segundo ora se defende, não. Por mais que o governador tivesse conseguido atender a setores da sociedade, não atuou “no interesse ou benefício da sua entidade”. Isso porque nunca um ente público pode ter como interesse, nem pode se beneficiar de uma conduta criminosa³⁴. Antes, a Administração Pública submete-se à disciplina do art. 37 da Constituição Federal, que impõe o respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ademais, destaca a doutrina o princípio da supremacia do interesse público, que não pode ser confundido com o atendimento das aspirações da maioria³⁵.

Desta forma, com a vênia devida dos que pensam em sentido diverso³⁶, deve prevalecer a oposição à responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público³⁷.

4.3 Relevância da omissão

É digna de nota, ainda, uma particularidade da Lei dos crimes ambientais no tocante à responsabilidade penal. Está-se a tratar de especial modalidade de crime comissivo por omissão, *verbis*:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Cuida-se de curiosa manifestação da omni-incriminação, do Direito Penal máximo, que visa, a qualquer custo, evitar a impunidade.

Os Tribunais Superiores têm, com galhardia, trancado ações penais, nas quais o acusador não se desincumbe da missão de individualizar a conduta de todos os agentes do delito. Apesar de não ser imprescindível, o inquérito policial é instrumento valioso para que se possa bem delinear o quadro de autoria, conferindo às incoativas o embasamento empírico para justificar a instância penal. Havendo a investigação preliminar, abre-se a oportunidade para evitar incriminações levianas, poupando pessoas que, formalmente, pertencem à administração da empresa, mas que, em relação a certa conduta, por exemplo, não tenham conferido o seu consentimento.

Todavia, a disposição em comento não se contentou com a providência elucidativa do inquérito policial. Não. Buscou, antes,

infiltrar no seio de toda e qualquer pessoa jurídica a figura do alcaguete.

Assim, a teor do dispositivo, numa reunião de diretoria, caso a maioria deliberasse pela prática de um crime ambiental, não bastaria aos vencidos consignarem a sua contrariedade. Teriam eles de, ato contínuo, comunicar às autoridades ambiental e/ou policial para coartar a consumação do crime, cujo *iter* se inaugurara institucionalmente.

Todavia, é importante trazer a contexto uma conclusão advinda em um rico debate materializado na primeira edição do Curso Avançado de Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público, no segundo semestre de 2009: o comando do artigo 2º da Lei 9.605/98 traz, em si, uma clara contradição com o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Encontra-se tal cânone positivado, entre nós, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – Decreto 678/92:

Art. 8º Garantias judiciais

(...)

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

Desta feita, como o diretor ou o gerente representam a própria pessoa jurídica, caso ele seja obrigado a delatá-la, culminaria por prejudicar o organismo de que faz parte. De um ponto de vista organicista, seria como se o gestor culminasse por prejudicar a si mesmo.

Não cabe, aqui, entrar na polêmica sobre a posição hierárquica dos tratados sobre direitos humanos, e especificamente da Convenção em foco. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Pacto de San José da Costa Rica se constitui em uma norma supralegal.

Logo, o referido dispositivo padece de flagrante incompatibilidade com diploma normativo que, segundo a jurisprudência da mais Alta Corte brasileira, é-lhe hierarquicamente superior³⁸.

Por mais que se queira levar a cabo a responsabilização penal, a fim de se prestigiar o bem jurídico meio ambiente, de recorte transindividual, é indispensável respeitar os cânones de Direito Processual Constitucional.

Note-se que o desaviso nomogênico, nesta mesma toada, tendente a combater a impunidade por meio do alargamento dos tentáculos punitivos estatais tem, por diversas vezes, malgrado, expondo a descrédito as intervenções legislativas, dada a natureza do Direito Penal de *ultima ratio*.

Inicialmente, pode ser lembrada a alteração realizada na Parte Geral do Código Penal, por meio da Lei 11.596/07. Modificou-se o teor do inciso IV do artigo 117, que trata das causas interruptivas da prescrição. Eis a sua atual redação: *pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis*.

A doutrina, quase à unanimidade, entendeu que, se a intenção foi acrescentar novo marco interruptivo ao cômputo

prescricional, o resultado não foi bem este. Ora, a inserção da conjunção alternativa *ou* apenas consagrou o entendimento da jurisprudência, de que a sentença condenatória e o aresto que, reformando a decisão absolutória, condena o réu, interrompem a prescrição³⁹.

Ora, a boa técnica recomendaria, para a inserção da idealizada nova causa interruptiva, a utilização de fórmula semelhante à empregada para a pronúncia (*pela decisão confirmatória da pronúncia* – art. 115, III).

Em idêntico trilho atabalhado, seguiu a modificação no Código de Trânsito Brasileiro, promovida pela Lei 11.705/98 – a chamada Lei Seca. Perceba-se que a alteração encetada no art. 306 gerou um quadro pitoresco na persecução penal em relação àqueles que dirigem sob o efeito do álcool. Os que colaborarem com a investigação, submetendo-se aos testes de alcoolemia, poderão vir a ser responsabilizados criminalmente. Por outro lado, aqueles que resolverem não se submeter às agências formais de controle, como *prêmio*, ver-se-ão blindados pelo já referido *nemo tenetur se detegere* (Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º, g).

Isso porque a nova redação do art. 306 inseriu, como elemento objetivo do tipo, a taxa mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue⁴⁰.

Desta maneira, por mais que a intenção fosse combater *vigorosamente* tal modalidade delitiva, em verdade, tornou-se mais difícil o processo de enquadramento típico.

Por fim, pode ser lembrada a recente reforma na disciplina dos crimes sexuais.

Houve, deve-se reconhecer, avanço representado pela nova nomenclatura, *crimes contra a dignidade sexual*, modificando o Título Crimes contra os Costumes. Diferentemente do que se tem defendido, não deve o conceito de dignidade sexual ser buscado no Capítulo dos Crimes contra a Honra⁴¹, mas, antes, na ideia força presente no Título I da Constituição Federal, que estatui corporificar fundamento do Estado da República a dignidade da pessoa humana. Trata-se, pois, de expressão da autodeterminação da pessoa, na esfera de seus assuntos mais íntimos, na expressão da sua libido.

A Lei 12.015/09, cujo espírito aparente dizia com um enrijecimento no controle dos crimes sexuais, no tocante às originárias figuras do art. 214, culminou por representar um abrandamento significativo.

Se o reconhecimento de continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor era episódica, colhida apenas em alguns julgados dos Tribunais⁴², a concepção de um crime único, aglutinando as duas figuras em um mesmo tipo penal era algo que nem sequer se cogitava.

A corrente mais rígida, amplamente majoritária, entendia que a continuidade seria inviável, porquanto poderiam até ser do mesmo gênero, mas não seriam os crimes em foco da mesma espécie, pois previstos em artigos distintos.

Veja que, agora, além de se admitir a possibilidade de continuidade delitiva, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de julgamento efetuado pela Sexta Turma, entendeu que, ocorridos no mesmo contexto, estupro e a conduta do antigo delito de atentado violento ao pudor constituem *crime único*⁴³.

De fato, o crime é um assunto que atrai intensamente a atenção das massas. Todavia, o Direito Penal, conjunto de normas lógica e principiologicamente ordenadas, não pode ser erigido ou modificado sem o devido zelo e cuidados impostos pela técnica⁴⁴.

5 CONCLUSÕES

1. A concretização da resposta penal é método lógico-formal, pautado valorativamente de modo objetivo, não podendo ser alvo de influxos de colorido personalista.

2. A circunstância judicial *personalidade* deve guardar, como todas as demais componentes da resposta estatal, ligação etiológica com o fato criminoso, não se podendo servir, para sua composição, de elementos estranhos à culpabilidade, como juízos de periculosidade, mormente quando hauridos de períodos de inimputabilidade (como os fatos ocorridos durante a menoridade).

3. De acordo com o princípio da subsidiariedade, é de difícil acomodação constitucional o incremento de pena relativo ao advento de perigo que, em outros ramos do direito, não é considerado como vedado. Daí a inviabilidade de aplicação *tout*

court do art. 61, II, *d*, do Código Penal, no pertinente ao emprego de meio de que podia resultar perigo comum.

4. A despeito da opinião dominante de que a “pena zero” representa um absurdo, um equívoco de cálculo, em verdade, à luz do conceito funcionalista de responsabilidade, é possível afirmar que as minorantes sucessivas podem indicar, político-criminalmente, que a reprimenda não seria necessária para a recomposição da paz social.

5. A sanção prevista no art. 24 da Lei 9.605/98 revela inconstitucionalidade, dado o caráter perpétuo da penalidade, ou, mesmo, por representar a *morte* da pessoa jurídica. A responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público não pode ser admitida, dado o não atendimento do disposto no art. 3º da Lei de Regência, dada a inviabilidade de um ente público possuir interesse ou beneficiar-se com uma conduta criminosa. A parte final do art. 2º do mesmo Diploma Legal indica choque com o art. 8º, *d*, da Convenção Americana de Direitos Humanos, por intentar promover a responsabilidade criminal tanto de pessoas jurídicas quanto físicas, à custa do *nemo tenetur se detegere*.

6 BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do RS, 1994.

ALVES, Rodrigo de Magalhães. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais*. Trabalho de conclusão de curso sob orientação do professor Nicolau Dino, Universidade de Brasília, 2009.

AZEVEDO, David Teixeira. *Dosimetria da pena*. São Paulo: Malheiros, 1998.

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da, MILARÉ, Edis. *Direito penal ambiental – comentários à Lei 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.
- FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- MACHADO, Vinícius. O insustentável quadro de apreciação da personalidade do agente na prática penal brasileira. In *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, n. 7, 2008, p. 89-114.
- MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Peculato-furto e concurso de agentes. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 189, p. 11-12, ago. 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários à Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. v. I.
- RAMÍRES, Bustos. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1994.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I.
- _____. A lei dos crimes ambientais. In *Separata forense*. São Paulo, edição comemorativa de 10 anos, p. 9-11, out. 2002.
- REALE JÚNIOR, Miguel, DOTTI, René Ariel, ANDREUCCI, Ricardo Antunes, PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. 2. ed. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, v. I.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão, CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. I.

Notas

OS DILEMAS DO DIREITO PENAL

* Tradução do original alemão de Gercélia Batista de Oliveira Mendes.

¹ Bockelmann, *ZStW* 74, p. 311 e ss., 313.

² Os esforços para elevar o bem jurídico-penal, a violação normativa e a pena a um único nível são raros. De antemão, é de se citar Welzel, *Strafrecht* § 1 I; idem, *ZStW* 58, p. 491 e ss., 509 e ss.; idem, *Kohlrausch-Festschrift*, p. 101 e ss., 107 e ss., que distingue entre valores do fato e valores do ato (mas, naturalmente, apenas qualifica como bens jurídicos os valores do fato): “Mais importante que a proteção de cada bem jurídico concreto é a função de assegurar a eficácia (a observância) do valor do ato da conduta jurídica” (*Strafrecht*, loc. cit.). Sobre a teoria de Welzel, vide Amelung, *Rechtsgüterschutz*, p. 165 e ss., 273 e ss.; Hassemer, *Theorie*, p. 87 e ss. A objeção comum de que a consideração do desvalor do ato levaria a um Direito Penal da conduta, pois, no sistema de Welzel, o *crime* não ocupa um lugar absoluto, concerne, até agora, todas as teorias: mesmo quando se parte da determinação da proteção de bens jurídicos sensorialmente perceptíveis, não surge uma resposta à questão sobre se e quando existe uma agressão tão perigosa a ponto de exigir uma pena. Todo crime começa na mente do agente e termina no mundo exterior. Portanto, tampouco é possível explicar o princípio do fato a partir do

princípio de uma proteção do bem jurídico segundo a concepção convencional (Jakobs, *ZStW* 97, p. 751 e ss., 752 e ss.; *em outro sentido*, Sax, *Grundrecht*, v. III (2), p. 909 e ss., 913; Hassemer, *Theorie*, p. 97; Jescheck, AT, § 1, III, 2, entre outros). A objeção levantada por Baratta (KrimJ 1984, p. 132 e ss., 139) de que desapareceria a diferença entre Direito e Moral repousa na equiparação infundada entre a desnaturalização (que acontece) e o maior recurso (que não acontece) à interioridade. Ademais, análise fundamental em Schmidhäuser, *Engisch-Festschrift*, p. 433 e ss., 444 e ss.; *idem*, AT 2/30: "A lesão de um bem jurídico é um fenômeno imaterial... A lesão de um bem jurídico é a lesão da pretensão ao respeito que emana de um bem jurídico (?) mediante um comportamento voluntário"; *idem*, *Studienbuch* 5/27: "a pretensão ao respeito que emana de fatos dotados de valor". No mesmo sentido, Otto, *ZStW* 87, p. 539 e ss., 554 e ss., 562.

³ Jescheck, AT, § 26, I, 4; Stratenwerth, AT, n. marginal 210; Schmidhäuser, AT 2/31 e ss.; Maurach-Zipf, AT, I, § 19, n. marginal 14 e ss.; Baumann-Weber, AT, § 12, II, 3 a.

⁴ Não se quer dizer que todo crime precise efetivamente lesar, mas que toda norma precisa ter o objetivo de prevenir lesões.

⁵ Sobre a história dos dogmas, *vide* Sina, *Dogmengeschichte*, *passim*; análise fundamental sobre a relação entre a história do conceito de bem jurídico e história geral das ideias em Amelung, *Rechtsgüterschutz*, p. 15 e ss., com correções em parte importantes da exposição de Sina (sobre o assunto, resumindo, p. 10 e ss.); Hassemer fornece uma exposição com ênfase na reciprocidade entre

bem jurídico e realidade social, *Theorie, passim*; sobre Amelung, *vide* Hassemer, *ZStW* 87, p. 145 e ss.; sobre Hassemer, *vide* Amelung, *ZStW* 87, p. 132 e ss.; ampla exposição sobre a esfera jurídica anglo-saxônica em *Feinberg, Limits, passim*.

⁶ Welzel, *ZStW* 58, p. 491 e ss., 509.

⁷ M. Marx, *Definition*, p. 79 e ss. e *passim*; Hassemer, *Theorie*, p. 68 e ss., com distinções, p. 233 e ss.

⁸ *SK-Rudolphi*, n. marginal 8 e ss., perante o art. 1º; *idem*, *Honig-Festschrift*, p. 151 e ss., 161 e ss.; Calliess, *Theorie*, p. 131 e ss., 143 e ss.

⁹ Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 113 e ss., 118 e ss.; Schmidhäuser, *Engisch-Festschrift*, p. 433 e ss., 443 e ss. e o entendimento totalmente dominante, *vide* apenas Maurach-Zipf, *AT*, I, § 19, n. marginal 4 e ss.; Schönke-Schröder-Lenckner, n. marginal 10, perante o art. 13.

¹⁰ Binding, *Normen*, v. I, p. 357 e ss.

¹¹ *Vide* Amelung, *Rechtsgüterschutz*, p. 391 e ss.

¹² *Zaczyk* distingue originalmente entre bens jurídicos interpessoais (*Unrecht*, p. 165 e ss.), bens jurídicos da sociedade (p. 170 e ss.) e bens jurídicos do Estado liberal (p. 181 e ss.); à Lei Fundamental diversa [*desses bens*] o autor vincula consequências para a tentativa, sobretudo em caso de ausência de conduta típica (p. 231 e ss.).

¹³ Em favor da renúncia, Hassemer, Arthur Kaufmann-Festschrift, p. 85 e ss., 90 e ss.; idem, *NStZ* 1989, p. 553 e ss., 557 e ss.; com maiores reservas, *AK-Hassemer*, n. marginal 274 e ss., perante o art. 1º. Análise aprofundada, em favor de uma referência da proteção do meio ambiente ao indivíduo, rejeitando a proteção do meio ambiente por si mesma, *AK-Hassemer*, n. marginal 276 e ss., 280 perante o art. 1º; Bloy, *ZStW* 100, p. 484, 487 e ss.; distinguindo, Rengier, *NJW* 1990, p. 2506 e ss., todos com remissões.

¹⁴ Binding, *Handbuch*, v. I, p. 353 e ss.; idem, *Normen*, v. I, p. 338 e ss., 341 e ss. Sobre Binding, análise aprofundada em Amelung, *Rechtsgüterschutz*, p. 73 e ss.; Hassemer, *Theorie*, p. 42 ed ss.; Sina, *Dogmengeschichte*, p. 41 e ss.

¹⁵ V. Liszt, *ZStW* 6, p. 663 e ss., 676, contra *Binding*; a propósito, Frommel, *Präventionsmodelle*, p. 115 e ss.

¹⁶ *Vide* Hassemer, *Theorie*, p. 47; idem, Arthur Kaufmann-Festschrift, p. 85 e ss. (análise acertada sobre a potência crítica reduzida – por ser propensa à ideologia – dos bens não pessoais, p. 89 e ss., 92 e ss.); *AK-Hassemer*, n. marginal 262 e ss., 274 e ss. perante o art. 1º; Amelung, *Rechtsgüterschutz S*, p. 80.

¹⁷ Honig, *Einwilligung*, p. 94; em conclusão, também Maeck, *Opfer*, p. 26 e ss.

¹⁸ Grünhut, Frank-Festgabe, v. I, p. 1 e ss., 8; Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung*, p. 27; *vide*, a propósito, Amelung, *Rechtsgüterschutz*, p. 130 e ss.; Hassemer, *Theorie*, p. 49.

¹⁹ M. Marx, *Definition*, p. 84 e ss.; *Roxin*, JuS 1966, p. 377 e ss., 382; *Rudolphi*, *Honig-Festschrift*, p. 151 e ss., 162, 165; *Jaeger*, *Strafgesetzgebung*, p. 29 e ss. e *passim*; *Worms*, *Bekennnisbeschimpfung*, p. 80 e ss., *et alii*, A. A. Preiser, *ZStW* 82, p. 655 e ss., 658; e também *Peters*, *Württemberg-Festschrift*, p. 77 e ss., 78 e ss.

²⁰ V. Liszt, *Strafrecht*, 5, § 3º, I, 1, com nota 1; *idem*, *ZStW* 6, p. 662 e ss., 673; *idem*, *ZStW* 8, p. 133 e ss.

²¹ A respeito da crítica, *vide Amelung*, *Rechtsgüterschutz*, p. 82 e ss., 95.

²² M. E. Mayer, *Strafrecht*, p. 21, acentuando, corretamente, a distinção entre as funções originadora e conformadora do Direito Penal; *idem*, *Rechtsnormen*, p. 14 e ss.; *vide* também *Lampe*, *Welzel-Festschrift*, p. 151 e ss. Sobre as teorias neokantianas, análise aprofundada em *Amelung*, *Rechtsgüterschutz*, p. 125 e ss.

²³ Negativamente, M. E. Mayer, *Rechtsnormen*, p. 23 e ss.

²⁴ O conceito é mantido por vezes; *Baumann-Weber*, AT, § 12, II, 3 a; *Maurach--Zipf*, AT I, § 19, II, n. marginal 10.

²⁵ M. Marx, *Definition*, p. 67; *Sina*, *Dogmengeschichte*, p. 60 e ss., 96 e ss.; *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen*, p. 115; *Stratenwerth*, AT, n. marginal 210.

²⁶ Todavia, o Direito Penal também pode realizar a relação valorativa antes – do ponto de vista temporal. Com efeito, deve-se concordar que o Direito Penal é pouco apropriado para impulsionar a evolução, mas isso não significa que, por princípio, ele só possa ir a reboque; análise acertada em Stratenwerth, AT, n. marginal 51; Kunz, *Bagatellprinzip*, p. 136 e ss.,¹⁴⁴; em outro sentido, SK-Rudolphi, n. marginal 5, perante o art. 1º.

²⁷ Marx, *Definition*, p. 67; do mesmo modo, Worms, *Bekennnisbeschimpfung*, p. 79, 85 e ss. e *passim*.

²⁸ SK-Rudolphi, n. marginal 8, perante o art. 1º; Rudolphi, Honig-Festschrift, p. 151 e ss., 163; Otto, in *Strafrechtsdogmatik*, p. 1 e ss., 8.

²⁹ Loos, Welzel-Festschrift, p. 879 e ss., 888.

³⁰ No original, "Partizipalien".(N. da T.).

³¹ Calliess, *Theorie*, p. 143 e ss.; essa definição não deveria valer, ao menos, para aqueles bens que servem (também) para negar a participação (*e.g.*, a esfera íntima).

³² ZStW 3, p. 1 e ss., 35 e ss.; "Programa de Marburgo".

³³ Argumento convincente de Bottke, *Generalprävention*, *passim*, e também acerca dos riscos que surgem para as garantias processuais no Estado de Direito quando uma intervenção punitiva é redefinida como vantagem preventivo-social; Schlüchter, GA 1988, p. 166 e ss.;

diante da minimização simultânea de intervenções estatais, *Walter*, in *Bedeutung*, p. 59 e ss.; *Albrecht*, *Jugendstrafrecht*, §§ 8, 9. A respeito dos momentos baixos da prática, *vide* OLG Schleswig StV 1985, p. 420 e ss.

³⁴ Von Liszt, *ZStW* 3, p. 1 e ss., 42 e ss.

³⁵ *Aufsätze und Vorträge*, v. II, p. 75 e ss., 80; *vide*, ademais, *idem*, *ZStW* 13, p. 325 e ss., 354 e ss. *Vide* a respeito *Roxin*, *ZStW* 81, p. 613 e ss., 637 e ss.; *Jescheck*, *Klug-Festschrift*, p. 257 e ss., 264.

³⁶ O que também deveria valer para o Direito de medidas voltado para o fato (vale dizer, proporcional à gravidade do fato) na concepção de *Baurmann*, *Zweckrationalität*, p. 16, *passim*, 301 e ss.

³⁷ Von Liszt, *Aufsätze und Vorträge*, v. I, p. 290 e ss., 333, 392.

³⁸ *Vide* *Würtenberger*, *Materialien*, v. I, p. 89 e ss., com remissões; *Sieverts*, *Materialien*, v. I, p. 107 e ss.

³⁹ Apresentam um panorama do andamento da controvérsia entre a corrente político-criminal “sociológica” (orientada para as finalidades) e a corrente “clássica” (orientada para a retribuição) – a chamada luta das escolas – *Mezger*, *Strafrecht*, § 4, 2; *Eb. Schmidt*, *Geschichte*, §§ 321 e ss.; *Jescheck*, *ZStW* 93, p. 3 e ss., 44 e ss. – *Albrecht*, *ZStW* 97, p. 831 e ss., fornece uma análise pertinente da posição atual. Como defensor de uma primazia da prevenção especial nos tempos modernos é de se citar, em especial, *Eb. Schmidt*, *SchwZStr.* 45 (1931), p. 200 e ss.; *idem*, *ZStW* 67, p. 177 e

ss.; idem, *ZStW* 69, p. 359 e ss.; idem, *Materialien*, v. I, p. 9 e ss., 20 e ss.

⁴⁰ A posição da ala moderada resulta numa teoria da prevenção especial que se tornou praticável. Seus elementos essenciais são: (1) a proteção da sociedade através de (2) um conjunto de medidas primordialmente não punitivas com vistas à (3) ressocialização; onde (4) o indivíduo é considerado como pessoa responsável e não somente como objeto do tratamento, mas, ao mesmo tempo, (5) minuciosamente investigado por todas as ciências humanas. O programa tem a pretensão de ser (6) não só tecnológico-social, como também moral. Ancel, *Sozialverteidigung*, p. 26 e ss. e *passim*; a propósito, Melzer, *Sozialverteidigung*, *passim*; idem, *JZ* 1970, p. 764 e ss., todos com remissões; Rieg, *ZStW* 81, p. 411 e ss., 414 e ss.; Zipf, *Kriminalpolitik* 3.22.

⁴¹ *Grundlagen*, 2ª parte, p. 213; vide a respeito Kaufmann, v. Weber-Festschrift, p. 418 e ss.; Zipf, *Kriminalpolitik* 3.21.

⁴² Maihofer, *Rechtsstaat*, p. 146.

⁴³ Stratenwerth, *Leitprinzipien*, p. 7 e ss., 13. De forma individualista, Haffke, in *Abweichendes Verhalten*, v. III, p. 291 e ss., 304: "a terapia emancipadora não tem... um objetivo positivo, possuidor de conteúdo (viver sem crimes), mas determina-se exclusivamente de modo negativo, ou seja, como ajuda para libertar-se de um passado incompreensível e opressor, na maioria das vezes penoso". Naturalmente, não está clara a relação entre essa libertação e um crime determinado.

⁴⁴ Vide Peters, Heinitz-Festschrift, p. 501 e ss.; Eser, Peters-Festschrift, p. 505 e ss., 512 e ss.; Hassemer, KrimJ 1982, p. 161 e ss., 165 e ss.; Lüderssen, in *Fortschritte*, p. 67 e ss., 79 e ss.

⁴⁵ Análise acertada em Albrecht, *ZStW* 97, p. 831 e ss., 857.

⁴⁶ A. Merkel, *Gesammelte Abhandlungen*, parte II, p. 1 e ss., 10 e ss.; idem, loc. cit., p. 687 e ss., 699 e ss. e *passim*; contra, A. Nagler, *GS*, v. 70, p. 6 e ss., 41 e ss.; Köhler, *Begriff*, p. 72 e ss.

⁴⁷ A jurisprudência (análise aprofundada a respeito em Bruns, *Strafzumessungsrecht*, p. 230 e ss.) tem poucos pontos fixos: reflexões de cunho preventivo não podem levar a que se exceda o limite da pena adequada à culpabilidade (BGH 20, p. 264 e ss., 267), tampouco a que se fique abaixo desse limite (BGH 24, p. 132 e ss., 134). A posição da prevenção geral não é clara (*vide* Foth, *NStZ* 1990, p. 219 e ss.), o que não deve surpreender, já que prevenção geral e culpa não podem ser separadas; *vide* BGH 6, p. 125 e ss., 127; 24, p. 40 e ss., 44 e ss.; 24, p. 64 e ss., 66; BGH GA 1976, p. 113 e ss., 114. O Tribunal Constitucional Alemão (exposição detalhada e crítica de seu conceito de pena em Volk, *ZStW* 83, p. 405 e ss.) declarou, por várias vezes, a constitucionalidade das teorias da união, partindo do princípio da culpabilidade, sem fixar mais precisamente o seu conteúdo; *BVerfG* 21, p. 391 e ss., 404; 28, p. 264 e ss., 278; 32, p. 98 e ss., 109; 39, p. 1 e ss., 57; 45, p. 187 e ss., 253 e ss. A jurisprudência exclui a prevenção geral negativa no caso de pena cominada a jovens e adolescentes; BGH 15, p. 224 e ss., 226; 16, p. 261 e ss., 263. Somente se admite a cominação de

pena a jovens ou adolescentes em razão da gravidade da culpa (art. 17, § 2º, da JGG) quando “razões de caráter educativo” o exigam; BGH 16, p. 261 e ss., 263. Todavia, recentemente, também se atribui uma “relevância autônoma à gravidade da culpa”; BGH *StV* 1982, p. 121 e ss.; no primeiro sentido, novamente BGH, em Bohm, *NStZ* 1984, p. 445; *vide* Eisenberg, JGG, art. 17, n. marginal 33 e ss.

⁴⁸ A doutrina defende, sobretudo, as teorias da união, naturalmente com primazia de uma dessas teorias unificadoras. Roxin, *JuS* 1966, p. 377 e ss., 387, desenvolve uma “teoria dialética da união”, segundo a qual “as diferentes finalidades da pena” devem ser conduzidas “dos excessos unilaterais em direção a vias constitutivo-sociais, equilibrando-se cada uma das abordagens através de um procedimento de limitação recíproca”. Gössel, Pfeiffer-Festschrift, p. 3 e ss., 22 e ss. também admite que se combine qualquer tipo de retribuição (“teoria da união modificada”). Pleiteiam uma teoria da união com enfoque na compensação da culpabilidade: v. Hippel, *Strafrecht*, v. I, § 21, XVI, com referências da doutrina antiga; Mezger, *Materialien*, v. I, p. 1 e ss., 2 e ss.; Jescheck, *AT*, §, 8 V; LK-Jescheck, *Einleitung*, n. marginal 32 e ss.; Maurach-Zipf, *AT* I, § 7, n. marginal 11 e ss., 27 e ss.; Bockelmann-Volk, *AT*, § 2, II, 4; Dreher, *Gerechte Strafe*, p. 127 e ss.; Schönke-Schröder-Stree, n. marginal 11 e ss. perante o art. 38. Argumentam em favor de uma teoria da união nos limites da pena adequada à culpabilidade com ênfase na prevenção especial: Stratenwerth, *AT*, n. marginal 30 e ss.; *idem*, *Tatschuld*, p. 31 e ss.; e também Baumann-Weber, *AT*, § 3, II, 2, a, 13 (além da prevenção geral); Benda, Faller-Festschrift, p. 307 e ss. Horstkotte, *JZ* 1970, p. 122 e ss., 124, desconsidera os limites da pena adequada à culpabilidade. Schmidhäuser, *AT* 3/14 e ss.,

fornece uma teoria em que a prevenção geral fundamentaria a pena, mas não a regra da atribuição. *Vide* também Forster, *SchwZStr* 101 (1984), p. 242 e ss., 261 e ss.

⁴⁹ Análise acertada já em Exner, *Theorie*, p. 36.

⁵⁰ *Begründung*, p. 96.

⁵¹ Mas *vide* também *BVerfG* 64, p. 261 e ss.; análise aprofundada a respeito, Arloth, GA 1988, p. 403 e ss.; OLG Frankfurt, NJW 1986, p. 598 e ss.

⁵² Teoria das margens (*Rahmentheorie*) ou da margem de liberdade (*Spielraumtheorie*). Discute-se a possibilidade de se exceder ou de se ficar aquém das margens da pena adequada à culpabilidade por razões de prevenção geral, sendo o entendimento aqui defendido o de que isso não é possível, devendo-se considerar, naturalmente, de acordo com a concepção aqui pleiteada, que a pena minimamente adequada à culpabilidade é, ao mesmo tempo, o mínimo necessário para solução do conflito. Se a redução da pena é tolerada, a culpabilidade também é *atenuada*! Contrariamente à possibilidade de se “ficar aquém” a partir do conceito de culpabilidade do entendimento dominante, *vide* BGH 24, p. 132 e ss.; BGH JZ 1976, p. 650 e ss.; Bruns, *Strafzumessungsrecht*, p. 217 e ss., 233; *idem*, *Welzel-Festschrift*, p. 739 e ss., 744; Schaffstein, *Gallas-Festschrift*, p. 99 e ss., 105; Jescheck, AT, § 4, I, 3 e § 82, III, 3; LK-Jescheck, *Einleitung*, n. marginal 31. A favor da admissibilidade de se ficar aquém da medida da culpabilidade, *vide* Lackner, *Entwicklungen*, p. 23 e ss.; Roxin, *Schultz-Festgabe*, p. 463 e ss., 473 e ss.; Schönke-

Schröder-Stree, n. marginal 18 a, antes dos §§ 38 e ss. Também a favor admissibilidade de exceder a medida da culpabilidade, *vide* Horstkotte, JZ 1970, p. 122 e ss., 124.

⁵³ De acordo com o art. 67, § 5º, da antiga versão, o restante da pena podia ser suspenso sem exigência de cumprimento de um tempo mínimo. Crítica a respeito, sobretudo em *LK-Hanack*, § 67, n. marginal 20 e ss., com referências pertinentes à fonte da arbitrariedade: os participantes do processo legislativo temeram decidir entre fins antinômicos da pena (*Protokolle Sonderausschuß V*, p. 2323 e ss.; insignificante, *BT-Drucksache V 4.095*, p. 32); Hanack, JR 1978, p. 399 e ss., 402; *em outro sentido*, Marquardt, *Vikariieren*, p. 164 e ss.

⁵⁴ O duplo binário foi posto em prática pela primeira vez sob a influência de E. F. Klein, em § 5, II, 20 e § 1.160, II 20 ALR. Remissões sobre a história em Eb. Schmidt, *Geschichte*, § 241; *LK-Tröndle*, n. marginal 9 perante o art. 38; *LK-Hanack*, n. marginal 5 e ss. antes do § 61; Frisch, *ZStW* 102, p. 343 e ss., 345 e ss. Fundamental para o reconhecimento atual do duplo binário foi o Anteprojeto do Código Penal Suíço de *Carl Stooss* (1893; Lei de 1937); Stooss, *SchwZStr*, 18 (1905), p.1 e ss.; idem, *SchwZStr* 41 (1928), p. 54 e ss.; idem, *SchwZStr*, 44 (1930), p. 261 e ss.; *vide* a propósito Kaenel, *SchwZStr* 101 (1984), p. 3 e ss.; Schultz, *Einführung*, p. 61 e ss.; Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht* 1/ 18 e ss., todos com remissões. Na Alemanha, o duplo binário, em princípio, não foi contestado nos projetos de reforma desde o Anteprojeto de 1909 e o Projeto de 1913. Ele se transformou em Direito vigente pela primeira vez com a lei de 24-11-

1933 (“Lei dos Delinquentes Habituais”, RGI. I, p. 995): arts. 42 a e ss. do Código Penal em sua antiga redação. O resultado foi, num primeiro momento, o *triplo* binário (Bockelmann, *Studien*, p. 162), pois, além da pena pelo fato e da medida de reabilitação e segurança, o art. 20 a da antiga redação do Código Penal previa pena para os “delinquentes habituais perigosos”. *Vide*, ademais, os arts. 81 e ss. do Projeto de 1962 e *Begründung*, p. 207 e ss.; arts. 66 e ss., AE e *Begründung*, p. 121.

⁵⁵ Kohlrausch, *ZStW* 44, p. 21 e ss., 33.

⁵⁶ Em parte, a “condenação condicional” não é designada como combinação de pena e medida, mas como “terceiro pilar” da política criminal (Jescheck, AT, § 8, VI; LK-Jescheck, *Einleitung*, n. marginal 40 e ss.). Aqui, reúnem-se sob a denominação de condenação condicional: a desistência provisória da ação e a suspensão provisória do art. 153, *a*, do CPP, a advertência com reserva de pena dos arts. 59 e ss. do CP (no Direito Penal Juvenil, a suspensão da imposição da pena dos arts. 27 e ss. da Lei dos Tribunais para a Juventude), além do *sursis* e do livramento condicional, arts. 56 a 56, *g*, 58 do CP e art. 57 do mesmo diploma, e, finalmente, a suspensão condicional da medida, arts. 67, *b*, 67, *c*, § 2º, alínea 4, 67, *d*, § 2º, 67, *g*, do CP.

⁵⁷ *Vide* LK-Hanack, n. marginal 36 perante o art. 61; Köhler, *Begriff*, p. 82, nota 133; Frisch, *ZStW* 102, p. 343 e ss., 355 e ss.

⁵⁸ Exner, *Theorie*, p. 226 e ss.; Nagler, *Verbrechensprophylaxe*, p. 19, 66 e ss., 102 e ss., 257 e ss.; Nowakowski, v. Weber-Festschrift,

p. 98 e ss., 103; Stree, *Deliktsfolgen*, p. 217 e ss.; Lenckner, in *Handbuch*, v. I, p. 3 e ss., 185; *LK-Hanack*, n. marginal 28 perante o art. 61; *LK-Jescheck, Einleitung*, n. marginal 39; Schönke-Schröder-Stree, n. marginal 2, perante o art. 61; Schmidhäuser, AT 21/8, com nota 4, entre outras.

⁵⁹ Sax, in *Grundrechte*, v. III (2), p. 909 e ss., 960 e ss., 963, 965.

⁶⁰ Crítica pertinente em Nowakowski, v. Weber-Festschrift, p. 98 e ss., 108 e ss.

⁶¹ Welzel, *Strafrecht*, § 32 III; bem como *LK-Lang-Hinrichsen*, n. marginal 13 e ss., perante o art. 42 a; Lang-Hinrichsen, in 43. DJ, v. I, parte 3, caderno B, p. 5 e ss., 42 e ss.; Gallas, *Niederschriften*, v. IV, p. 55; Bockelmann, *Niederschriften*, v. I, p. 56 e ss., 243 e ss., 247; Bruns, *ZStW* 71, p. 210 e ss., 211 e ss.

⁶² Análise acertada em Stratenwerth, AT, n. marginal 35.

⁶³ H. Mayer, AT § 7, III.

⁶⁴ H. Mayer, AT § 64, I, 2.

⁶⁵ Sobre o assunto, com remissões, *BVerfG NStZ* 1986, p. 185 e ss.; Bae, *Grundsatz*, p. 81 e ss., 152 e ss., 213 e ss.; *LK-Hanack*, § 62, n. marginal 9 e ss.; crítica importante em Eickhoff, *NStZ* 1987, p. 65 e ss.

⁶⁶ *SK-Horn*, § 62, n. marginal 8, compara de modo pertinente essa possibilidade de diferenciação com aquela da atribuição da pena.

⁶⁷ Inicialmente, até 150 marcos; mais tarde, até 500 marcos alemães.

⁶⁸ Contra a validade do princípio da legalidade, Frank, *ZStW* 18, p. 733 e ss., 745 e ss.

⁶⁹ Suprimido pelo art. 300 da Lei de Introdução ao Código Penal de 2-3-1974, BGBl. I, p. 469.

⁷⁰ Exposição detalhada em Goldschmidt, *Verwaltungsstrafrecht*, p. 70 e ss.; Mattes, *Untersuchungen*, v. I, p. 57 e ss., 105 e ss.

⁷¹ *Rechtsnormen*, p. 115 e ss., *vide* também loc. cit., p. 27.

⁷² Lange, *JZ* 1956, p. 73 e ss., 79; *idem*, *JZ* 1956, p. 519 e ss.; *idem*, *JZ* 1957, p. 233 e ss., 237; também Michels, *Handlung*, p. 87 e *passim*.

⁷³ *Verwaltungsstrafrecht*, p. 529 e ss.; *idem*, *GA*, vol. 49 (1902), p. 71 e ss.; outras referências às obras de Direito Penal de Goldschmidt em E. Wolf, *Frank-Festgabe*, v. II, p. 516 e ss., 518, nota 2. Sobre o texto que segue, *vide* KKOWiG-Bohnert, *Einleitung*, n. marginal 55 e ss.

⁷⁴ Goldschmidt, *Verwaltungsstrafrecht*, p. 533, *vide* também p. 545.

⁷⁵ Loc. cit., p. 545 e ss.

⁷⁶ Loc. cit., p. 545 e ss.

⁷⁷ Loc. cit., p. 548.

⁷⁸ Loc. cit., p. 566.

⁷⁹ Loc. cit., p. 582 e ss.

⁸⁰ Sobre o efeito de Goldschmidt, *vide Mattes, Untersuchungen*, v. I, p. 149 e ss. com amplas remissões.

⁸¹ Frank-Festgabe, v. II, p. 516 e ss.

⁸² SJZ 1948, coluna 225 e ss., 231 e ss.; idem, SJZ 1948, coluna 569 e ss.; idem, SJZ 1949, coluna 665 e ss., 669 e ss.; idem, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht* (Beiheft, DRZ 1950, n. 11); idem, *Arndt-Festschrift*, p. 415 e ss., 423 e ss. Análise crítica sobre Eb. Schmidt, Güntherin, in *40 Jahre*, p. 381 e ss., 382 e ss.

⁸³ Lei de Simplificação do Direito Penal Econômico de 26-7-1949, WiGBI, p. 193.

⁸⁴ Existem “tipos penais mistos” nos quais a concretização do tipo decide sobre a pertença ao Direito Criminal ou ao Direito das Contravenções; acerca da dogmática dos elementos distintivos, *vide* Lang-Hinrichsen, GA 1957, p. 225 e ss., 228 e ss.

⁸⁵ Lei sobre Contravenções de 25-3-1952; BGBl. I, p. 177.

⁸⁶ Lei sobre Contravenções de 24-5-1968, BGBl. I, p. 481, na redação de 2-1-1975, BGBl. I, p. 80 com retificação, p. 520.

⁸⁷ Vide, porém, *BVerfG* 8, p. 197 e ss., 207; 22, p. 49 e ss., 81. Análise crítica de Herzog in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, art. 92, n. marginal 49.

⁸⁸ *BVerfG* 27, p. 19 e ss., 32 e ss.; Tiedemann, AÖR 89 (1964), p. 56 e ss. Sobre a história do processo no caso de contravenções, Bohnert, Jura, 1984, p. 11 e ss., 13 e ss.

⁸⁹ Para uma compreensão da multa como “uma verdadeira pena”, Mattes, *Untersuchungen*, v. II, p. 251 e ss., 299, com amplas remissões sobre o estágio da discussão.

⁹⁰ Afirmam uma qualidade própria das contravenções (ou crimes administrativos), além dos autores acima mencionados (M. E. Mayer, Goldschmidt, E. Wolf, Eb. Schmidt): RG 64, p. 193 e ss., 195 e ss.; 75, p. 234 e ss., 235; BGH GS 11, p. 263 e ss., 264; Michels, *Handlung*, p. 78 e ss. (com reservas, p. 82 e ss.); Maurach, AT 3, § 1º, III, B, 2; LK-Jagusch, nota A IV, 1, antes do § 13; principalmente também OLG Hamm GA 1969, p. 156 e ss.; Cramer, *Grundbegriffe*, p. 17 e ss.; Schönke-Schröder-Stree, n. marginal 35, antes do § 38; Stratenwerth, AT, n. marginal 43 (“a multa não está vinculada a uma reprovação pessoal”). Figueiredo Dias, *Jescheck-Festschrift*, p. 79 e ss., distingue, do ponto de vista do Direito Comparado, contravenções (referindo-se ao comportamento que, não infringindo norma positiva, dever-se-ia considerar como neutro) e crimes que não devem ser julgados nem segundo o Direito Administrativo, nem segundo o Direito Penal secundário (infrações das normas dos direitos fundamentais sociais e da ordem econômica), nem segundo

o Direito Penal nuclear (infrações das normas para proteção da “atividade pessoal”). Para uma delimitação de modo apenas quantitativo, Kumpelmann, *Bagatelldelikte*, p. 166 e ss.; Mattes, *ZStW* 82, p. 25 e ss.; idem, *Untersuchungen*, v. II, *passim*; Weber, *ZStW* 92, p. 313 e ss., 316 e ss.; Güntherin: *40 Jahre*, p. 381 e ss., 387 e ss.; Göhler, *OwiG*, n. marginal 5, antes do § 1º; Baumann-Weber, *AT*, § 4, I, 2, a; Jescheck, *JZ* 1959, p. 457 e ss., 461; idem, *AT*, § 7º, V, 3, b; LK-Jescheck, *Einleitung*, n. marginal 11; Schmidhäuser, *AT* 8/107; sobretudo, também, Kunz, *Bagatellprinzip*, p. 48 e ss.; Maurach-Zipf, *AT* I, § 1º, n. marginal 33 e ss.; Sax, *Handbuch*, v. III (2), p. 909 e ss., 919 e ss.; Rebmann-Roth-Herrmann, *OwiG*, n. marginal 8 e ss., antes do § 1º; Lang-Hinrichsen, *H. Mayer-Festschrift*, p. 49 e ss., 61; LK-Tröndle, n. marginal 64, antes do § 38; agora, também Rotberg, *OwiG, Einführung B. Naucke, Wechselwirkung*, p. 40, sugere uma separação material e processual entre “verdadeiros crimes” e comportamentos aos quais se deve reagir por meio de “controle social” segundo um “código de intervenção”.

⁹¹ Vide Lindemann, *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*, 1932; atualmente, ao invés de muitos, Tiedemann, *ÖJZ* 1972, p. 285 e ss., 290.

⁹² Análise crítica sobre a transformação do Direito Penal do Trânsito em Direito de contravenções, Mattes, *ZStW* 82, p. 25 e ss., 35 e ss.

⁹³ Acertadamente, Weber, *ZStW* 92, p. 313 e ss., 320 e ss., 332 e ss. com exemplos da inobservância dessa regra; Hirsch, *ZStW* 92, p.

218 e ss., 243; Vogler, *ZStW* 90, p. 132 e ss., 156; Günther, in *40 Jahre*, p. 381 e ss., 384 e ss.

⁹⁴ Dreher, *Welzel-Festschrift*, p. 917 e ss., 929 e ss.; Günther, in *40 Jahre*, p. 381 e ss., 391. *Em outro sentido*, H. Mayer, *Strafrechtsreform*, p. 65 e ss.; Peters, *ZStW* 77, p. 470 e ss., 501; Baumann, *JZ* 1972, p. 1 e ss., 3; idem, *ZRP* 1972, p. 273 e ss.; idem, *Schröder-Gedächtnisschrift*, p. 523 e ss., 525 e ss.; Dencker, *JZ* 1973, p. 144 e ss., 150 e ss.; mais *em outro sentido* também, Krümpelmann, *Bagatelldelikte*, p. 240 e ss.; Hirsch, *ZStW* 92, p. 218 e ss.; *vide* também Kaiser, *ZStW* 90, p. 877 e ss.

⁹⁵ Não é nítido o limite entre o membro – sobretudo, quando este é da categoria dos que estão adstritos a um dever – e o não membro de uma organização; assim, por exemplo, a testemunha pode ser considerada, no serviço judiciário, como um funcionário *ad hoc* designado coercitivamente; *vide* arts. 51, 70 do CPP alemão; arts. 380, 390 do CPC alemão; arts. 153 e ss. do CP alemão.

⁹⁶ Stock, *Entwicklung*, p. 145 e ss.; Eb. Schmidt, in *Landesreferate*, p. 859 e ss., 865; Wiese, *VwArch.*, v. 56 (1965), p. 203 e ss., 213 e ss.; divergindo, em parte, Behnke, *ZBR* 1963, p. 257 e ss., que, partindo das diferenças no processo, distingue já entre o Direito Penal do Código Geral Prussiano e o Direito Disciplinar.

⁹⁷ Stock, *Entwicklung*, p. 190 e ss., 194, com remissões; Wiese, *VwArch.*, v. 56 (1965), p. 203 e ss., 214 e ss.

⁹⁸ *Vide*, porém, Hagedorn, *NJW* 1965, p. 902 e ss., 903.

⁹⁹ Em regra, apenas as medidas disciplinares e o processo dispõem de uma regulação legal detalhada; para funcionários públicos federais, vigora o Regulamento Disciplinar Federal na redação da publicação de 20-7-1967, BGBl. I, p. 751, 984; para os juízes, *vide* arts. 63 e ss., 71 da Lei da Magistratura Alemã; para os membros do Ministério Público, *vide* art. 122, § 4º, alínea 1 da Lei da Magistratura Alemã; para os funcionários públicos dos *Länder*, *vide* as respectivas leis dos *Länder*. As leis funcionais enunciam os deveres cuja violação constitui infração funcional, ou seja, a parte especial do Direito Disciplinar material: arts. 52 e ss. da Lei dos Servidores Públicos Federais, arts. 35 e ss. da Lei-Base de Uniformização do Direito dos Servidores Públicos; para os funcionários dos *Länder*, *vide* as leis respectivas; para os juízes, os arts. 38 e ss. da Lei da Magistratura Alemã. A teoria da imputação, que, junto com as consequências jurídicas, constitui a parte principal da parte geral do Direito Disciplinar, não está legalmente formulada.

¹⁰⁰ H. Arndt, *Dbv* 1966, p. 809 e ss., 811; Thieme, *DVBl.* 1957, p. 769 e ss., 773 (expição irracional e retribuição na pena *versus* instrumentos racionais no Direito Disciplinar!); Wiese, *VwArch.*, v. 56 (1965), p. 203 e ss., 354 e ss., 368 e ss.; Behnke-Arndt, *BDO Einführung A*, n. marginal 24 e ss.; Claussen-Janzen, *BDO Einleitung A*, n. marginal 4 e ss.; Köhler-Ratz, *BDO Einführung II*, 3; Maurach-Zipf, *AT I*, § 1º, n. marginal 17 e ss. Stock, *Entwicklung*, p. 266 e ss., vê prevenção geral no Direito Penal e prevenção especial no Direito Disciplinar. Segundo Eb. Schmidt (in *Landesreferate*, p. 859 e ss., 863), a retribuição também deve ser admitida – e ter lugar – no Direito Disciplinar, apesar de dever existir “uma distinção jurídica

qualitativa dos fenômenos”, uma vez que, no Direito Disciplinar, há que se tratar somente da violação da pretensão à confiança! (loc. cit., p. 866 e ss., 873). Crítica acertada sobre a utilidade dessas delimitações em Baumann, *AT*, § 4º, I, 4; idem, *JZ* 1964, p. 612 e ss., 614 e ss.; idem, *JZ* 1967, p. 657 e ss.

¹⁰¹ *Vide* as decisões enumeradas por Claussen-Janzen, *BDO Einleitung D*, n. marginal 30 a e ss.

¹⁰² Por isso, formulou-se a exigência de se aplicar o art. 103, § 2º, da Lei Fundamental (Kugler, *ZBR* 1960, p. 33 e ss., 34; *em outro sentido*, Dau, *DVBI*. 1968, p. 62 e ss., 70; Eb. Schmidt in *Landesreferate*, p. 859 e ss., 867). Tipos totalmente determinados em lei restringiriam consideravelmente a margem de manobra do órgão superior para disposições isoladas; as leis em branco seriam totalmente possíveis. A limitação do art. 103, § 2º, da Lei Fundamental a penas impostas pelo Estado por força de seu poder geral (e não enquanto órgão superior) corresponde à evolução histórica.

¹⁰³ Behnke-Arndt, *BDO Einführung B*, n. marginal 1 e ss.; para os soldados, *vide* Dau, *WDO*, n. marginal 10 e ss., perante o art. 7º; *vide* também o princípio da unidade da persecução de crime juvenil – art. 31 da Lei dos Tribunais para a Juventude.

¹⁰⁴ Behnke-Arndt, *BDO Einführung B*, n. marginal 10; a exclusão das regras de desistência não é forçosa nem na fundamentação da equiparação orientada para o agente, nem atendendo à violação funcional (já existente no caso de tentativa).

105 De acordo com o art. 14 do Regulamento Disciplinar Federal (correspondente ao art. 8º, alínea 1 do Código Disciplinar Militar), não se pode impor a medida disciplinar mais leve juntamente com uma pena ou com uma medida de reabilitação e segurança aplicada em virtude de contravenção, assim como uma medida disciplinar média apenas pode ser aplicada em caso de necessidade especial. Essa regulação não se destina a evitar punições duplas, mas sim medidas disciplinares desnecessárias na prática. Na determinação das necessidades de uma reação disciplinar suplementar, que deve ser justificada “com base nas circunstâncias concretas de cada caso”, há que se partir, em caso de dúvida, do princípio de que o funcionário já terá respeito suficiente pela pena criminal; *BVerwG* NJW, 1983, p. 1440 e ss. Com respeito ao art. 103, § 3º, da Lei Fundamental, o argumento da jurisprudência é hesitante: segundo o *BVerfG*, v. 21, p. 379 e ss., 384 (com comentário desfavorável de Rupp, NJW 1967, p. 1651 e ss.); 21, p. 391 e ss., 403 e ss., pena e medida disciplinar podem coexistir nos termos do Código Disciplinar Militar, mas, em caso de medida disciplinar seguida de punição com pena privativa de liberdade, a prisão disciplinar há que ser computada (*BVerfG* 21, p. 379 e ss., 390 e ss.). Doravante, o art. 8º, alínea 2, do Código Disciplinar Militar estipula o cômputo obrigatório de “outra pena privativa de liberdade” na pena disciplinar. Todavia, não deve ocorrer o cômputo bilateral de multa penal e multa administrativa (*BVerfG* 27, p. 180 e ss., com comentário desfavorável de Kreuzer, NJW 1970, p. 507 e ss.; *BVerfG*, NJW 1970, p. 1860 e ss.). Corretamente, em caso de processo disciplinar subsequente, o cômputo deve ser feito independentemente do fato de restar um excedente disciplinar; acontecendo o processo disciplinar em

primeiro lugar, sua reação de caráter penal deve ser computada no processo penal, se as causas das medidas disciplinares são, ao mesmo tempo, causas da atribuição da pena (nesse sentido, análise acertada na conclusão em OLG Hamm, NJW 1978, p. 1063 e ss.). As sanções heterogêneas devem ser compensadas segundo seu valor. Uma maior "tendência ao cômputo" não merece maior preferência sob o aspecto do Estado de Direito, pois mitiga os limites das sanções, suscitando a expansão de umas ao âmbito de função das outras.

¹⁰⁶ Dürig in *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, art. 103, § 3º, n. marginal 128.

¹⁰⁷ Ainda BDH 1, p. 55 e ss., 59 e ss.; BDH ZBR 1962, p. 194 e ss.

¹⁰⁸ BDH NJW 1966, p. 688 e ss.; *BVerwG* NJW 1968, p. 858 e ss. (ambas as decisões concernem apenas fatos culposos); Behnke-Arndt, *BDO Einführung B*, n. marginal 150; Claussen-Janzen, *BDO Einleitung C*, n. marginal 58 c; H. Arndt, *DOV* 1966, p. 809 e ss.; idem, *DOV* 1968, p. 39 e ss.; Wiese, *VwArch*, v. 56 (1965), p. 203 e ss., 354 e ss., 358 e ss.; Dau, *DVBI.* 1968, p. 62 e ss., 68; Barth, *Honig-Festschrift*, p. 1 e ss. com outras remissões.

¹⁰⁹ *BVerwG*, NJW 1983, p. 1440; *OVG Münster*, NJW 1987, p. 2034 e ss., 2035; e também ainda *BVerwG*, NJW 1984, p. 504 e ss.; demasiado genérico, *BVerwG* 76, p. 371 e ss.

¹¹⁰ Behnke-Arndt, *BDO Einführung B*, n. marginal 11.

¹¹¹ De acordo com RG 57, p. 29 e ss.

¹¹² *BVerfG* 58, p. 159 e ss., 162 e ss. (sobre o art. 890 do CPC); *BVerfG* 20, p. 323 e ss., 332 (art. 890 do CPC na antiga redação). A culpa é controversa com relação ao art. 177 da Lei Constitucional Judiciária Alemã; KK-Mayr, art. 177 da Lei Constitucional Judiciária Alemã, n. marginal 5, com remissões; o dispositivo pode ser entendido, contra o enunciado, como regulação da coerção direta.

¹¹³ OLG Saarbrücken, NJW 1968, p. 1687 e ss.; LK-Tröndle, n. marginal 70, antes do § 38.

ADEQUAÇÃO SOCIAL E DIREITO PENAL

¹ FIORE, Carlo. *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*. Napoli: Morano, 1966. p. 191.

² WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. *ZStW* 58, 1939, p. 491 e ss. Existe tradução ao castelhano encontrada como WELZEL, Hans. Estudios sobre el sistema de derecho penal. In WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003. p. 15 e ss.

³ Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993. p. 698.

⁴ WELZEL, Hans. Estudios... op. cit., p. 47. Nesse aspecto, observe-se que a argumentação de Welzel inscreve-se, fundamentalmente, na crítica feita à concepção naturalista-causal sobre a ação e o bem jurídico. Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría... op. cit., p. 699.

⁵ Cf. WELZEL, Hans. Estudios... op. cit., p. 47 e ss.

⁶ Cf. WELZEL, Hans. Estudios... op. cit., p. 50 e ss.

⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 289.

⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría... op. cit., p. 701.

⁹ Cf. ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1992. p. 58 e ss.

¹⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*. Traducción del alemán por el Dr. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 63. Na realidade, é de se ver que Welzel argumentava desde uma especulação entre os tipos abertos e os elementos de dever jurídico. Dita teoria constituiu-se em um contraponto da doutrina dos elementos negativos do tipo. Cf. ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Adecuación social y teoría jurídica del delito...* op. cit., p. 58 e ss.

¹¹ O qual estipulava: [...] § 240, Código Penal alemão (*StGB*): Constrangimento. “(1). Quem constrange a outro de modo antijurídico, por força ou ameaça, com um mal grave a realizar, tolerar ou omitir uma ação, será castigado com pena privativa de liberdade de até 3 anos ou com pena de multa. Em casos especialmente graves, com pena privativa de liberdade de 6 meses a 5 anos. (2). O fato é antijurídico se a utilização da força ou ameaça de mal para se alcançar o fim perseguido for considerada reprovável. (3). A tentativa é punível” (tradução livre).

¹² Cf. HIRSCH, Hans Joachim. *Adecuación social y teoría del injusto*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. In HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal. Obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal, 2002. t.

III, p. 11 e ss. CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría... op. cit., p. 701 e ss.

¹³ Observe-se, dessa forma, com Roxin, que “(...) de forma completamente diferente caracteriza-se o recurso à ontologia na segunda fase do pensamento welzeliano, no qual a finalidade é considerada ‘estrutura objetiva do ser’, contabilizada como ‘verdade eterna da esfera lógico-objetiva’ e como ‘resultado do direito natural’! Welzel abdicou, pois, do significado social do tipo penal e declarou – o que ele, anteriormente, havia condenado – que a ‘finalidade seria uma definição ontológica, assim como a causalidade (e, portanto, neutra, livre de valores).’ Nesta fase de seu pensamento, Welzel considerou possível o desenvolvimento de toda a teoria final da ação desde o momento em que o primeiro homem utilizou-se da pedra como instrumento. A estrutura ontológica da ação é para ele anterior a qualquer valor ou regulamento; se ela for menosprezada, o resultado será ‘necessariamente falso’. Orientando-se nela, porém, o resultado será conduzido à esfera do ‘verdadeiro’, à qual pertence, sobretudo, o dolo no âmbito do tipo penal e suas consequências para a doutrina do erro. Esta ontologia ‘livre de valores’ determinou resultados que se desviaram consideravelmente da ‘ontologia social’ do primeiro período de Welzel. Dentre elas, Welzel realocou a adequação social não mais como exclusão do tipo penal, mas como causa de justificação (...)”. ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. Tradução de Marina Pinhão Coelho. *RBCCrim* n. 65, 2007, p. 12 e ss.

¹⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 65 e ss.

- ¹⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 89.
- ¹⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992. p. 147.
- ¹⁷ SCHAFFSTEIN, Friedrich. Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre. *ZStW* 72, (1960), p. 369 e ss.
- ¹⁸ KLUG, Ulrich. Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem. In *Festschrift für Eberhard Schmidt*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961. p. 253 e ss.
- ¹⁹ HIRSCH, Hans Joachim. Adequación... op. cit., p. 10.
- ²⁰ Já na edição traduzida de *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, de 1964, era feita menção à alteração proposta por Welzel. De acordo com a dicção de seu tradutor, essa colocação "(...) não figurava na 4ª edição desse livro. Foi-me remetido pelo Prof. Welzel como antecipação das modificações que vai introduzir na próxima (9ª) edição de seu *Manual (Das deutsche Strafrecht)*. Welzel volta agora à concepção da adequação social como causa de exclusão da tipicidade que havia mantido já na 2ª edição de seu *Manual* e na primeira edição desse livro. Essa mudança é lógica, pois, ao conceber Welzel a adequação social como causa de justificação, incorria em uma contradição com o seu conceito de tipo (nesse sentido, entre outros, Lange, *JZ*, 1953, p. 13 e ss.; Schaffstein, *Soziale Adäquanz und tatbestandslehre*, *Z. Str. W.* 72, 1960, fasc. 3-4, p. 372 e ss.; e Hirsch, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, *Z. Str. W.* 74, 1962, fasc. 1, p. 80). Se a conduta

socialmente adequada está conforme à ordem ético-social normal, histórica, da comunidade, não pode ser ao mesmo tempo típica, ou seja (segundo o conceito de tipo de Welzel), *relevante* para o Direito Penal” (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, apresentação e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 58, nota 12).

²¹ Pontualmente, afirma que a distinção entre a adequação social e as causas de justificação sempre se mostraram insuficientes. Isso acabou por incidir em sua variância topográfica. Após traçar a evolução por ele sentida, entre tipicidade e antijuridicidade, atesta que acabou por optar pela segunda em atenção especial ao previsto no § 240 do Código Penal alemão. Porém, assume que, consoante as críticas de Hirsch, em especial quanto à sua polêmica com Schaffstein, teriam sido aclarados os termos, ainda que com evidente equívoco de Hirsch ao não valorar a significação fundamental da adequação social (Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1997. p. 69).

²² Como menciona Welzel, “(...) segundo um antigo exemplo dessa doutrina, o ato da gestação deveria ser considerado uma ação típica de matar, se a criatura gerada se convertesse depois em um assassino (*vide* Eb. Schmidt, Frank-Festgabe II, 119). Todavia, a gravidez em si mesma, enquanto não supunha uma infração da ordem das relações sexuais pelas circunstâncias de sua realização (por exemplo, como consequência de um estupro ou incesto), é

socialmente adequada; vale dizer, se conforma completamente à ordem social, histórica, 'normal' da vida, de modo que não será uma ação típica de lesão, ainda que como consequência produza a lesão de um bem jurídico. Será, inclusive, socialmente adequada e não constituirá uma ação típica de homicídio, ainda que se realize em uma mulher tuberculosa com a intenção de produzir sua morte, mediante o agravamento de sua enfermidade como consequência da gestação (*vide* H. Mayer, *Lehrbuch*, 1. ed., p. 212, DStR 38, 109; em sentido contrário, Z. 58, 519)" (WELZEL, Hans. *O novo sistema...* op. cit., p. 58 e ss.).

²³ WELZEL, Hans. *O novo sistema...* op. cit., p. 59 e ss.

²⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general.* op. cit., p. 67 e ss.

²⁵ Cf., entre outros, CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoría...* op. cit., p. 7. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23 e ss.

²⁶ Apenas a título informativo, é de se ver que existem autores que chegam a entendê-la até mesmo como fator de regulação processual. A maioria dos autores, contudo, ainda a entende como fator de ponderação típica. Daí a dúvida quanto à sua validade frente a teorias como a da imputação objetiva. Interessante, contudo, a presença contemporânea de estudos a ela relativos. Cf., entre outros, DÖLLING, Dieter. *Soziale Adäquanz und Soziale Systeme.* In BRAMMSEN, Joerg; DANNECKER, Gerhard; LANGER, Winrich; SCHMITZ, Roland (Hrsg.). *Festschrift für Harro Otto zum*

70. Berlin: Carl Heymanns, 2007. FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Universidade Católica, 2005. OTTO, Harro. Soziale Adäquanz als Aulsgungsprinzip. In Böse, Martin; STERNBERG-LIEBEN, Detlev (Hrgs.). *Grundlagen des Straf – und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Adecuación social y teoría jurídica del delito...* op. cit. SACHER, Mariana. Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel. In HIRSCH, Hans Joachim; CERESO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. WOLSKI, Sabine. *Soziale Adäquanz*. Berlin: VVF, 1990.

²⁷ Ao afirmar sobre a necessidade de uma interpretação restritiva e a natureza fragmentária do Direito Penal, Roxin informava sobre a necessidade de "(...) princípios regulativos como a adequação social, introduzida por Welzel, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abranjam comportamentos socialmente suportáveis" (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 47).

²⁸ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. Tradução Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. In ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1993. p. 145 e ss.

²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal...* op. cit., p. 251 e ss.

³⁰ Trata-se de ROXIN, Claus. Bemerkungen zur Sozialen Adäquanz im Strafrecht. In *Festschrift für Ulrich Klug*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983. p. 303 e ss. Este mesmo artigo foi vertido ao castelhano, sendo encontrado como ROXIN, Claus. Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal. Traducción de Marina Deanesi. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n. 12, p. 81 e ss.

³¹ ROXIN, Claus. Observaciones... op. cit., p. 83.

³² Cf., nesse sentido, PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado. Uma aproximação crítica a seus fundamentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 213 e ss.

³³ Para Martínez Escamilla, a diversidade de exemplos encontrada nas justificativas welzelianas tinha justificativa evidente, devida "(...) al objetivo tan ambicioso y genérico que guió a Welzel en la elaboración de teoría de la adecuación social: la delimitación de los tipos penales entendidos de forma excesivamente amplia a consecuencia del dogma causal" (MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, op. cit., p. 149).

³⁴ Necessária uma visualização das mais diversas correntes e pensamentos para poder-se, com mais certeza, optar pelo melhor caminho a seguir. Roldán Barbero propõe também uma fundição de vários discursos em busca de uma diretriz unificada a explicar se, em

dias que correm, haveria, ainda, espaço para a adequação social, mesmo em se considerando a inegável presença da teoria da imputação objetiva (cf. ROLDÁN BARBERO, Horacio, op. cit., p. 90 e ss.).

³⁵ ROXIN, Claus. Reflexões... op. cit., p. 148 e ss.

³⁶ WELZEL, Hans. Estudios... op. cit., p. 52 e ss. Essa confusão entre risco permitido e adequação social é também verificada por Juarez Tavares, para quem "(...) com o finalismo, o risco permitido foi identificado com a *ação socialmente adequada*, quer dizer, aquela ação tolerada pela comunidade social e a ordem jurídica, embora perigosa, uma vez integrante da estrutura daquelas atividades consideradas como inerentes ao desenvolvimento e a manutenção da sociedade industrializada" (TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência. Uma contribuição à teoria do crime culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 352).

³⁷ Cf. ROXIN, Claus. Reflexões... op. cit., p. 148 e ss. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico--penales en el ámbito de lo injusto.)* Barcelona: J. M. Bosch, 2001. p. 219 e ss.

³⁸ Observe-se que também se mencionava que a ideia de adequação social seria destinada a crimes culposos. Entretanto, como lembra Zipf, isso também se aplica aos delitos dolosos, já que, nesta incidência, o autor do delito age com a consciência de lesar um bem de direito, mas essa lesão é considerada socialmente adequada (cf.

ZIPF, Heinz. Rechtskonformes und sozialadäquanz Verhalten im Strafrecht. *ZStW* 82, (1970), p. 636 e ss.).

³⁹ Essa é, em parte, também a conclusão a que se pode chegar com a ponderação de que "(...) é certo que em relação ao risco permitido, como aliás, em relação à adequação social – e a origem e o trajecto de ambas as figuras não deixam traçar muito longe uma da outra –, se discute ainda quer sua existência como conceito jurídico autônomo, quer a sua arrumação sistemática. Temos para nós que o risco permitido constitui uma permissão formal de risco, que resulta de uma ponderação de interesses conflitantes, nem sempre coincidente com aquela que preside à elaboração da regra ou incriminação penal, e que tem por objecto a tutela a título secundário ou subsidiário de bens jurídicos fundamentais. Assim sendo, e do nosso lado temos Maiwald, o risco permitido tanto pode ser a expressão de um risco socialmente adequado, como não o ser, uma vez que a adequação social traduz uma valoração material que pode ou não coincidir com a ponderação de interesses que subjaz à norma de permissão do risco, e um risco não tem que ser formalmente permitido para ser socialmente adequado. A adequação social, diz Maiwald, para não repetir mais uma vez a definição de Welzel, abrange 'comportamentos que não são proibidos porque se mantêm completamente dentro da ordem social, e não fundamentam um desvalor da acção, uma vez que a concordância com as regras reconhecidas da vida social exclui materialmente a valoração como ilícito'" (FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Universidade Católica, 2005. p. 946 e ss.).

⁴⁰ Cf. KLUG, Ulrich. Sozialkongruenz... op. cit., p. 260 e ss.

⁴¹ Cf. FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. Traducción de Ricardo Robles Planas. In FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Buenos Aires: Euros, 2006. p. 17 e ss.

⁴² Aqui, a ponderação crítica de Kaufmann, para quem a resposta pregada pela imputação objetiva é encontrada em melhor estrutura na construção finalista (cf. KAUFMANN, Armin. ¿"Atribución objetiva" en el delito doloso? Traducción de Joaquín Cuello. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985. p. 816 e ss.).

⁴³ Cf. FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *A adequação...* op. cit., p. 949 e ss.

⁴⁴ Daí Regis Prado e Mendes de Carvalho afirmarem que, "se vislumbrada a adequação social como um dos pilares de sustentação do sistema finalista – com peso idêntico ao que apresenta o componente axiológico –, de natureza *axiológica*, então não se constata perigo algum à segurança jurídica" (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de, op. cit., p. 215).

⁴⁵ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 280 e ss.

⁴⁶ Wolter é enfático ao mencionar que, embora sejam conferidos alguns contornos teóricos aos princípios da imputação, permanecem em aberto as questões sobre o risco de adequação social ou permitido (WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981. p. 61). Assim, também Maurach e Zipf afirmam que as condutas conforme o Direito e as socialmente adequadas representam situações genericamente corretas, e, portanto, contêm um mandado genérico de conduta, pois representam um modelo de conduta (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, op. cit., p. 281).

⁴⁷ Cf. WOLTER, Jürgen. Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito y la actualidad. Traducción de José Manuel Paredes Castañón. In LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago (coord.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: McGraw Hill, 1999. p. 12 e ss.

⁴⁸ Em termos, também Freitas Marques, que, apesar de afirmar inicialmente que "(...) o risco permitido não raro é identificado com a própria adequação social, ou mais modernamente, como sua superação (...)", acaba por ter que ambas encontrar-se-iam no "(...) contexto da ilicitude, a qual precede a própria tipificação. A adequação social seria a razão, a *ratio*, e o risco permitido uma das várias formas de discipliná-la ou a forma de discipliná-la na teoria da imputação objetiva" (MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-*

penal do perigo proibido e do risco permitido. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2008. p. 352).

⁴⁹ Autores como Ribeiro de Faria acreditam nessa linha, constatando que "(...) onde o ilícito negligente seja um ilícito de resultado, o resultado integra o ilícito, obrigando à sua ponderação onde se proceda à valoração da conduta típica, mas não se retirando à conduta o seu papel fundamental na definição do mesmo ilícito. A conduta é valorada em termos gerais, tendo em conta todos os pontos de vista que podem convergir para o apuramento da sua relevância típica, pelo que não se poderá falar, como Roxin, de um problema de imputação objectiva do resultado à conduta. Não se trata de afirmar ou de apurar a relevância de umnexo causal normativamente valorado à luz do tipo, deixando inconsiderada uma série de outras circunstâncias que permitem definir a imagem social do facto, mas de valorar de uma forma global a conduta praticada pelo agente" (FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *A adequação...* op. cit., p. 872 e ss.). Welzel não chegou a esse detalhamento, ficando sua posição quanto à adequação social ora na tipicidade, ora na antijuridicidade, ora, novamente, na tipicidade por duas essenciais razões. Em primeiro lugar, entendia ele por sua quase equiparação, mencionando, como se disse, que o risco permitido seria, no mais das vezes, um subtipo da adequação social. Em segundo lugar, ao não analisar instrumento outro, como a alegada imputação objetiva, tinha por inimportante a distinção do que seria exclusão de tipicidade e não aperfeiçoamento de tipicidade. Ambos, em sede finalista, mostrar-se-iam como sinônimos. É importante ressaltar que a adequação social firma-se como instrumento a ser utilizado tanto em delitos culposos como

dolosos. Apesar da afirmação comum de que ela se destinaria muito mais à primeira vertente, isso não se mostra como correto.

⁵⁰ Mesmo assim, Roxin é explícito ao mencionar que a adequação social mais se assemelharia a uma solução improvisada de Welzel para o conceito pessoal de injusto (cf. ROXIN, Claus. *Observaciones... op. cit.*, p. 90 e ss.; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación... op. cit.*, p. 232, nota 79).

⁵¹ WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*. In SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991. p. 109 e ss.

⁵² WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva... op. cit., p. 116 e ss.

⁵³ WOLTER, Jürgen. Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del derecho penal. Traducción de Francisco Baldó Lavilla. In SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (coord.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995. p. 61. Do mesmo modo, WOLTER, Jürgen. Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de derecho penal. Traducción de Eduardo Onecha Pérez. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. p. 102 e ss.

⁵⁴ WOLTER, Jürgen. Derechos humanos... op. cit., p. 53 e ss.

⁵⁵ É de se recordar que Hirsch critica as colocações de Welzel quanto aos riscos socialmente inadequados e não proibidos (cf. HIRSCH, Hans Joachim. Adecuación... op. cit., p. 30 e ss.).

⁵⁶ Nessa compreensão, um passo mais largo deve ser dado no que diz respeito à limitação da adequação social. Como recorda Rueda Martín, "(...) mientras el riesgo permitido o riesgo no relevante normativamente ha adquirido autonomía y contornos propios, la adecuación social ha sido conducida hacia la interpretación teleológica restrictiva, o es considerada como causa de exclusión de la tipicidad de algunas conductas, pero tratada independientemente del riesgo permitido como elemento o criterio de la moderna teoría de la imputación objetiva" (RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación...* op. cit., p. 241).

⁵⁷ Cf. a visão limitada dada à adequação social em HIRSCH, Hans Joachim. Adecuación... op. cit., p. 13 e ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 270 e ss.

⁵⁸ Assim, desde que seja reconhecida a característica limitadora de responsabilização da inadequação social, restringe-se a norma comportamental. Trata-se, sempre, de uma imputação pessoal. No caso do agravamento do risco/perigo, a diferenciação entre imputação pessoal e imputação objetiva, de acordo com Wolter, leva a um resultado de agravamento do risco/perigo *ex post*, que não é

suficiente para a imputação do resultado quando não se puder determinar um comportamento de agravamento de risco *ex ante*. Por outro lado, também é possível que um resultado de agravamento de risco/perigo se deixa negar *ex post*, mas que, do ponto de vista do fato em si, um comportamento de risco venha a ser corroborado. Para cada caso tomado, deve-se levar em consideração uma tentativa apta, ou, em outras palavras, socialmente adequada ou inadequada (cf. WOLTER, Jürgen. *Objektive...* op. cit., p. 331 e ss.).

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal...* op. cit., p. 294.

⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal...* op. cit., p. 297.

⁶¹ WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. Traducción a cargo de Guillermo Benlloch Petit. In WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 48 e ss.

⁶² Note-se, aqui, a crítica contumaz de Kaufmann à imputação objetiva. Para ele, da mesma forma com que Welzel haveria fracassado em seu intento passageiro de ter a adequação social como causa de justificação consuetudinária geral, voltando, ao depois, para um entendimento de mero princípio de interpretação da delimitação dos tipos da Parte Especial, também a imputação

objetiva talvez venha a dar um passo atrás, resultando simples fórmula de explicação da Parte Especial (cf. KAUFMANN, Armin. ¿"Atribución objetiva"... op. cit., p. 825 e ss.). Não se concorda aqui com tal posição, uma vez que, de um lado, a adequação social não seria simples e supérflua fórmula apartada do Direito Penal e, de outro, parece ter vez e importância fundamental a questão da imputação objetiva. Ambas, aliás, seriam, como exposto, compatíveis em algumas sedes.

⁶³ Então, é de se ter que "(...) a adequação social da conduta, enquanto princípio genérico de valoração da conduta típica, parece-nos ser mais adequado à definição do sentido do tipo do um princípio de ofensividade em sentido estrito. Por um lado, mostra-se capaz de funcionar em relação a qualquer ilícito típico, diferentemente do que sucede com o princípio da ofensividade. Por outro lado, e em relação aos tipos de ilícito que tomam o resultado como seu momento fundamental, a adequação social torna claro a que pontos de vista recorre na valoração da conduta, diferentemente do princípio da ofensividade cujo conteúdo material é incerto (tanto pode referir-se a uma ofensa em sentido literal como ir referindo a uma ideia de ilicitude material qualquer que ela seja). A adequação social permite atender aos sentidos sociais e às valorações da comunidade relativamente à lesão dos bens jurídicos tutelados. Mas deste modo, dir-se-ia então que se volta ao ponto de partida, sendo necessário concluir pelo recurso a uma ideia de ilicitude material na definição de sentido da conduta, uma vez que passa a existir uma divergência entre o tipo e a valoração última da ação. Como dito, não é disso que se trata. Os sentidos sociais a que se recorre são o resultado da actualização do sentido típico em face

do caso concreto e das suas circunstâncias. Pelo que não só são sentidos sociais típicos, como são, por princípio, os sentidos sociais veiculados pela Constituição. (...)” (FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *A adequação...* op. cit., p. 124). Roldán Barbero, por seu turno, ao mencionar o confronto entre adequação social e imputação objetiva, acaba enveredando pela primeira. Entretanto, o faz com argumentos de autores como Cerezo Mir e Romeo Casabona, os quais também não aceitam a tese da adequação social sob a pecha de violação da segurança jurídica. O autor sustenta que as limitações da linguagem legal fazem com que, em determinadas ocasiões, a descrição jurídico-penal possa dissentir da norma social que a tenha gestado. Além disso, pondera: sobre a defasagem histórica das leis; sobre o fato de a imputação objetiva ter sido desenvolvida aprioristicamente para delitos de resultado (enquanto a adequação social poderia ser aplicada a todos os demais delitos; sobre o fato de que a adequação social satisfaz uma exigência do Estado Democrático de Direito de se evitarem contradições entre valorações jurídicas e culturais e sobre o fato de, sociologicamente, a adequação social poder evitar desnecessárias punições (cf. ROLDÁN BARBERO, Horacio, op. cit., p. 113 e ss.).

⁶⁴ Convém recordar, nesse sentido, a interessante ponderação de autores como Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, Ferré Olivé, García Rivas, Serrano Piedecabras e Terradillos Basoco, ao afirmar que, no caso dos riscos adequados socialmente, “(...) se trata de riesgos que no merecen ser considerados por el Ordenamiento jurídico en razón de su utilidad social. Situación distinta será si la acción del sujeto incrementa la cuantía del riesgo permitido” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO

ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal. Parte general*. Madrid: Experiencia, 2004. p. 225). Embora os autores tratem da questão dentro de uma compreensão da imputação objetiva, parece clara a imposição do ponto distintivo entre adequação social e imputação objetiva.

⁶⁵ OTTO, Harro, op. cit., p. 230.

⁶⁶ OTTO, Harro, op. cit., p. 227. De todo modo, textualmente coloca que a diferenciação segundo o tipo e a qualidade do risco permite reconhecer, dentre os comportamentos tidos como socialmente adequados, quais deles já ocultam um problema de imputação objetiva, pois esses comportamentos são fundados sobre riscos juridicamente irrelevantes para o interesse legalmente protegido. Dessa forma, fundamentar-se-ia, ao mesmo tempo, a obrigação de buscar outras constelações de casos (cf. OTTO, Harro, op. cit., p. 245).

⁶⁷ Afinal, em um suposto confronto entre a noção de risco permitido e a adequação social, difícil seria estabelecer um parâmetro definidor de qual dos institutos se mostraria superior. O conceito de risco permitido expressaria que os riscos poderiam ser manifestados sob determinadas condições, enquanto a adequação social representaria um complexo de motivos objetivos de um comportamento a ser considerado permitido (PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und*

Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993. p. 292 e ss.).

⁶⁸ Cf. OTTO, Harro, op. cit., p. 245.

⁶⁹ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* op. cit., p. 132 e ss. A única objeção feita, aqui, ao catedrático de Barcelona é que, diferentemente dele, a compreensão que se defende é que a adequação social seria verificada em âmbito prévio à própria tipicidade, e não, necessariamente, como sua forma de exclusão. Na realidade, é uma percepção de não aperfeiçoamento típico anterior à própria delimitação do tipo. Dessa maneira, certa razão deve ser dada a Roldán Barbero quando propõe certos limites ao uso da adequação social, tais como: concebê-la como critério hermenêutico; que seja precedida por outros critérios interpretativos (que se movam dentro da normalidade jurídica); que se possa articular em respeito a parâmetros constitucionais de forma fundamentada; que não se confunda com uma conveniência institucional e que possa ser deduzida ao momento de aplicação judicial (cf. ROLDÁN BARBERO, Horacio, op. cit., p. 192 e ss.).

⁷⁰ Isso porque, tanto nos casos socialmente adequados, como nos de risco permitido, a inadequação social nem mesmo é trazida à discussão (cf. WOLTER, Jürgen. *Objektive...* op. cit., p. 323).

⁷¹ Cf. DÖLLING, Dieter, op. cit., p. 226.

⁷² DÖLLING, Dieter, op. cit., p. 219.

⁷³ Para Wolter, o sistema penal deve estar jurídico-constitucionalmente fundado, tendo perspectivas internacionais e teleológicas abertas, também apto para uma dogmática sincrônica da imprudência e para uma teoria da justificação (cf. WOLTER, Jürgen. Derechos humanos... op. cit., p. 38 e ss.).

⁷⁴ DÖLLING, Dieter, op. cit., p. 225 e ss.

⁷⁵ Para Hassemer, o desenvolvimento da teoria da adequação social mostra-se lamentável: a jurisprudência a utiliza de forma assistemática somente de passagem e em casos pontuais. A literatura jurídica pouco a explorou, mostrando-se não mais do que uma verdadeira reunião de lugares-comuns. Entretanto, entende que seu desenvolvimento promete lucros, mostrando-se, de fato, como um diamante não lapidado (cf. HASSEMER, Winfried. Professionelle Adäquanz. Teil 1. *Wistra*, marz, 1995. p. 46). Aliás, como já alertava Zipf, em idos de 1970, a doutrina da adequação social vivenciou uma juventude bem atribulada e intensa, já sendo tempo de direcioná-la a seu caminho calmo dentro da estrutura do delito (cf. ZIPF, Heinz. Rechtskonformes und sozialadäquanz Verhalten im Strafrecht. *ZStW* 82, (1970), p. 633).

⁷⁶ Logo, conclui-se, como de início mencionado, que, basicamente, todo e qualquer comportamento legal é socialmente adequado, enquanto todo o crime, desaprovação jurídico-legal que é, se mostra inadequado socialmente. Com isso, reforça-se a ideia de que a adequação social seria um princípio complementar ao ordenamento positivo (cf. ZIPF, Heinz, op. cit., p. 637 e ss.).

⁷⁷ DÖLLING, Dieter, op. cit., p. 226.

FUNCIONALISMO E DOGMÁTICA PENAL: ENSAIO PARA UM SISTEMA DE INTERPRETAÇÃO

¹ Edição 2009, vii a xxv. Tradução feita por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, com revisão técnica de Marcelo Schirmer Albuquerque e Valéria Porto.

² WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução espanhola de José Cerezo Mir, vertida para o português por Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 36.

³ Naturalmente não se pode afirmar que a retirada do dolo e da culpa da culpabilidade seja devida unicamente ao finalismo, pois mesmo as teorias que imediatamente se seguiram ao finalismo, como síntese entre as concepções neoclássicas (as causais e outras, com variações conceituais) e finalistas, bem como a evolução histórica da culpabilidade (normativa) já apontavam nesse sentido (cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e Introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 203 e s.).

⁴ Há diversas teorias da imputação objetiva, conforme anota Luis Greco em seu precioso *Panorama da teoria da imputação objetiva* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005). A teoria de Jakobs, até mesmo por exigência lógica de sua concepção funcional sistêmica, talvez

seja a que mais se comprometa com critérios exclusivamente normativos de imputação, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de conhecimentos especiais do agente.

⁵ De nossa apresentação ao *Tratado de Direito Penal* de G. Jakobs (ob. cit.).

⁶ Relembre-se que o objeto da proteção penal em Jakobs é a própria *norma penal* e não *bens jurídicos* reconhecidos na legislação. Para ele, o que se quer evitar com a aplicação da pena é a erosão normativa, isto é, a perda de validade do sistema de normas penais. Daí a referência ao seu *bem jurídico penal*, sem maiores indagações acerca do respectivo conteúdo (das normas penais).

⁷ *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones, 1997.

⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 55 e s.

⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 56.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Trad. e Introdução Luis Greco, Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 245.

¹¹ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva...* cit., p. 247-248.

¹² Por todos: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Prefácio ao *Garantismo penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. p. 19.

¹⁴ Há, sobre o tema, inúmeros trabalhos de excelente qualidade, seja em obras monográficas, seja em estudos mais gerais. Consulte-se, por exemplo: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; CITADINI, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998; TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido & Estado democrático de direito*. São Paulo: Landy, 2003; HECK, Luís Afonso.

O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997; BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1993; RUIZ, José Augusto de Veja. *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*. Madrid: COLEX, 1994; HERRERA, Chinchilla. *¿ Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Editorial Temis, 1999; SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: COLEX, 1990.

¹⁵ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 163.

¹⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VII, p. 59.

¹⁷ Ob. cit., p. 60.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...* cit., p. 298.

¹⁹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal. Parte Especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2, p. 366.

²⁰ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*, cit., p. 213.

²¹ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal...* cit., p. 433-436.

²² ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 494.

²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I, p. 345-346.

²⁴ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal...* cit., p. 214.

²⁵ Essa a mesma conclusão a que chegou Paulo Queiroz na obra citada, embora com outra fundamentação: in *Direito penal...* cit., p. 214.

²⁶ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal. Parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. t. I, p. 446.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II, p. 148.

²⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. V, p. 259.

²⁹ Ob. cit., p. 234-244.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...* cit., p. 150.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de et al. *Comentário Conimbricense ao Código Penal. Parte Especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. I, p. 105.

O PARADOXO DO RISCO E A POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

¹ Para uma visão geral sobre a discussão acerca do conceito de bem jurídico, ver HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico, fundamentos de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Trad. Enrique Gimbernat. Madrid: Marcial Pons, 2007 e BECHARA, Ana Elisa Liberatore, Delitos sem bens jurídicos? *Boletim Ibccrim*, v.15, fasc. 181, dez. 2007, p. 4.

² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 2002, e *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.

³ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991; DE GIORGI, Raffaele. *O risco na sociedade contemporânea*. Revista do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, n. 28, jun. 1994. p. 45-54; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato, princípio da precaução e sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007; BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 23; VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Direito, sociedade e riscos*. Brasília: Uniceub, 2006.

⁴ CABEZAS CHAMORRO, Sebastian. *Derecho penal de riesgos. Manutenção de principios del derecho penal clásico o liberal vs. solución de conflictos en las modernas sociedades*. Disponível em: <<http://www.carlosplasma.com.ar/sebastianchamo.htm>>.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.188 e 189.

⁶ Nesse sentido, GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 40.

⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

⁸ CASABONA, Carlos Maria Romeo. Apportaciones del principio de precaución al derecho penal. In *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Carlos Maria Romeo Casabona (org.). Bilbao-Granada: Comares, 2004.

⁹ SERRANO, José Luis. A diferença risco/perigo. In *Direito, sociedade e riscos*. Marcelo Dias Varela (org.). Brasília: UniCeub, 2006. p. 61.

¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato, princípio da precaução e sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007; BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

¹¹ Para uma visão crítica do uso do tipo aberto na proteção de bens jurídicos difusos, ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*. São Paulo: RT, 2003. p. 87.

¹² É nessa técnica que HABERLE vê a consubstanciação do possibilismo constitucional, quando afirma que “*un ámbito relativamente reciente sería el que contempla la inclusión de*

*cláusulas de reforma y/o experimentación en el seno de aquellas disposiciones legislativas que en cierta medida se autoerigen como alternativas a través de ellas” (HABERLE, Peter. *Pluralismo y constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 72.*

¹³ Luís Roberto, BARROSO, para quem *a técnica de legislar por via de cláusulas gerais não constitui, a rigor, uma novidade do Direito contemporâneo, embora o seu uso tenha se expandido ao longo da segunda metade do século XX. O recurso a essa forma de enunciação das normas jurídicas não é privativo do direito constitucional, encontrando-se disseminado pelos diferentes ramos jurídicos (Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 312).*

¹⁴ MARTIN, Luis Gracia. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistêcia*. Valencia: Tirant lo blanc, 2003. p. 164.

¹⁵ Sobre a vedação à interpretação judicial, veja-se Cesare Beccaria, ao afirmar que: *“os juizes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma que não são legisladores” (Dos delitos e das penas. Bauru: Edipro, 2003. p. 24) e a célebre frase de Robespierre de que o vocábulo “jurisprudência” deveria ser banido da língua francesa (CUNHA, Sérgio Sérulo. A arcaica súmula vinculante. In RENAULT, Sérgio e BOTTINI, Pierpaolo (orgs.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 32 e SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40 e ss.).*

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1083.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1087.

¹⁸ Como na decisão proferida no Recurso Extraordinário 197.917 sobre o número de vereadores no Município de Mira Estrela que respaldou a expedição de Resolução do Tribunal Superior Eleitoral que conferiu caráter vinculante e geral aos fundamentos do acórdão do Supremo. A mesma teoria fundamentou, já no campo do direito penal, o reconhecimento de cabimento de reclamação para fazer observar – com caráter geral e vinculante – a autoridade de decisão proferida nos autos do *habeas corpus* 82959, no STF, que definiu os parâmetros de execução da pena àqueles condenados por crimes hediondos (Reclamação 4335 no STF).

¹⁹ O STF reconheceu a omissão do Poder Legislativo para criar a lei complementar federal mencionada no § 4º do art. 18 da CF, que deveria estabelecer regras e prazo para a criação de novos Municípios, e estipulou prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional editasse referida norma (Mandado de injunção 725).

²⁰ Mandado de injunção 670, em que o STF regulamenta o direito de greve dos servidores públicos civis determinando a aplicação subsidiária da Lei de greve dos trabalhadores em geral (Lei

7.783/89) até a criação de regulamentação específica para o setor pelo Poder Legislativo.

²¹ Termo alcunhado por HABERLE ao tratar do processo de interpretação constitucional como um processo público (HABERLE, Peter. *Pluralismo y constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 88).

²² Pesquisa disponível no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc2008>, acessado no dia 26-11-2009.

²³ Para uma análise da seletividade do STJ nas decisões de *habeas corpus*, ver GROSNER, Marina Quezado, *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: Ibccrim, 2008.

²⁴ Embora os fundamentos desta teoria remontem ao neokantismo, com HONIG e LARENZ, é com ROXIN que seus postulados são consagrados (*Derecho Penal, Parte general*. Madrid: Civitas, 2006. t. I, p. 342 e ss.).

²⁵ Sobre a crise da dogmática, SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 72 e ss.

DOLO EVENTUAL E CRIME DE TRÂNSITO

¹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Delitos do automóvel*. 5. ed. rev. atual. Amp. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 61.

² GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 98.

³ Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1988. p. 60.

⁴ RAMON RAGUÉS, Vallès. *El dolo eventual y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1999. p. 60.

⁵ Idem, ibidem, p. 61.

⁶ Idem, ibidem, p. 61-62.

⁷ Idem, ibidem, p. 62.

⁸ Idem, ibidem, p. 62.

⁹ Idem, ibidem, p. 63.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 64.

¹¹ Idem, ibidem, p. 64.

¹² Idem, ibidem, p. 65-66.

¹³ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 60.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 66-67.

¹⁵ Idem, ibidem, p. 67.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 67.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 68-69.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 71.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 71.

²⁰ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 60.

²¹ Ibidem, p. 61.

²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 427.

²³ Idem, ibidem, p. 427.

²⁴ Idem, ibidem, p. 446.

²⁵ Idem, ibidem, p. 447.

²⁶ Idem, ibidem, p. 447.

²⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993. p. 83.

²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte general*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984. p. 270.

²⁹ Cf. FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 44.

³⁰ Cf. WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1976. p. 53.

³¹ *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 88.

³² REGIS PRADO, Luiz. *Código Penal Anotado e Legislação Complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 200.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 430.

³⁴ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33.

³⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, arts. 11 a 27. São Paulo: Edição Revista Forense, 1953. v. 1, t. 2, p. 115.

³⁶ Ob. cit., p. 117-118.

³⁷ Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas. v. 1, p. 143.

DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL: LIMITES DA INTERVENÇÃO PENAL RACIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

¹ No mesmo sentido, v. DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 22.

² Sobre o fundamento da necessidade perene de questionamento do conteúdo do Direito Penal, a partir da consideração de suas próprias deficiências, digna de nota a citação de Gustav Radbruch, para quem “as investigações sobre o método jurídico são numerosas. Como os seres humanos, que se martirizam se auto-observando são, em sua maioria, seres enfermos, da mesma forma os cientistas que se preocupam com seus próprios métodos científicos são cientistas enfermos; os homens saudáveis e os cientistas saudáveis não se preocupam muito em saber sobre si mesmos” (“Die Untersuchungen über die juristische Methode häufen sich. Wie Menschen, die sich durch Selbstbeobachtung quälen, meist kranke Menschen sind, so pflegen auch Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlass haben, kranke Wissenschaften zu sein; der gesunde Mensch und die gesunde Wissenschaft pflegen nicht viel von sich selbst zu wissen”) (Tradução livre. Einführung in die Rechtswissenschaft. 11. ed. Stuttgart: K.F. Koehler Verlag, 1964. p. 250).

³ Em matéria de direitos humanos, para além dos próprios princípios, valores e garantias expressos na Constituição Federal de 1988, destaca-se a importância da incorporação no ordenamento jurídico brasileiro de diversos documentos internacionais a implicar sensível ganho no processo de sua evolução histórica e proteção, fundamentalmente, para o que nos interessa, frente à intervenção penal do Estado. Assim, a par da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, destaca-se no Brasil a ratificação: da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (em 20 de julho de 1989); da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (em 28 de setembro de 1989); do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (em 24 de janeiro de 1992); do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em 24 de janeiro de 1992); da Convenção Americana de Direitos Humanos (em 25 de setembro de 1992); do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (em 13 de agosto de 1996); e do Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em 21 de agosto de 1996). Mencionados documentos internacionais incorporam-se ao ordenamento jurídico brasileiro com força de norma constitucional, nos termos da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

⁴ Nesse sentido, v. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Viejas y nuevas tendencias político-criminales en las legislaciones penales. In *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; SANZ MULAS, Nieves (Coord.). Granada: Comares, 2005. p. 102.

⁵ Binômio denominado por Luigi FERRAJOLI "Direito Penal mínimo" e "Direito Penal máximo". *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 103 e ss.

⁶ No mesmo sentido, v. CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 35.

⁷ Na mesma linha, v. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal y derecho penal. Estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 31-32.

⁸ V. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal...*, cit., p. 14-15.

⁹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Sobre el derecho penal y su racionalidad. In *Teoría de sistemas y derecho penal*. Carlos Gómez-Jara Díez (Coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 358.

¹⁰ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Trad. da 20. ed. alemã por Luis Jiménez de Asúa. 4. ed. Madrid: Editorial Réus, 2007. t. II, p. 6-9.

¹¹ A política criminal é conceituada por Franz von LISZT como o "conjunto sistemático de princípios baseados na investigação científica das causas do crime e consequências da pena, segundo os quais o Estado, por meio da pena e mecanismos a ela análogos

(casas de correção, educacionais, etc.), deve conduzir luta contra o crime” (*Tratado de derecho penal...*, cit., n. 109).

¹² O que se denominou “retorno a Franz von LISZT”.

¹³ Franz von LISZT utiliza a expressão “ciência conjunta do Direito Penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) para reunir sob o mesmo conceito a dogmática, a política criminal e a criminologia (*Tratado de derecho penal...*, cit., n. 109).

¹⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Também CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 194.

¹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal...*, cit., p. 3. Conforme entendia Feuerbach, a política criminal representava o conjunto dos procedimentos repressivos pelos quais o Estado reage contra o crime, sendo sinônimo de teoria e prática do sistema penal. Na atualidade, porém, a política criminal destaca-se do Direito Penal, da criminologia e da sociologia criminal e adquire significação autônoma. Nesse contexto, Marc Ancel assinala, quando da fundação dos *Archives de politique criminelle*, “a necessidade de não reduzir a política criminal ao Direito Penal”. Idem, *ibidem*, p. 3-4.

¹⁶ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Derechos humanos y derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, Santiago de Compostela, 1987. p. 32.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 33.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Trad. Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema, 1991. p. 14 e ss.

¹⁹ Na mesma linha, v. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andréa Greppi. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 23-24.

²⁰ GARDELLA, Juan Carlos. Derechos humanos, desarrollo y violencia en América Latina y Caribe. In *La violencia en la sociedad actual*. BARBERO SANTOS, Marino (Coord.). Madrid: Universidad Internacional Menendez Pelayo, 1982. p. 82.

²¹ Luigi Ferrajoli chega à mesma conclusão sobre a necessária existência de antinomias em matéria de direitos fundamentais. *Derechos y garantías...*, cit., p. 24.

²² Da mesma forma, v. BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos...*, cit., p. 17.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4. ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005. p. 148.

²⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 168.

²⁵ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal...*, cit., p. 167.

²⁶ “O mundo de vida está formado por uma rede de ações comunicativas, ramificada no espaço ou espaços sociais e no tempo ou tempos históricos; e essas ações nutrem-se das fontes que representam as tradições culturais e as ordens legítimas, não menos do que dependem das identidades dos indivíduos socializados. Assim, o mundo de vida não é uma organização em grande formato a que pertencem membros, não é um ente coletivo ou associação que se compõe de membros. Os indivíduos socializados não poderiam afirmar-se em absoluto como sujeitos se não encontrassem apoio nas relações de reconhecimento recíproco, articuladas em tradições culturais e estabilizadas em ordens legítimas, e vice-versa” (HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez...*, cit., p. 145-146).

²⁷ Pode-se mencionar como exemplos de paternalismo a tutela penal das autolesões e de situações de disposição do bem jurídico por seu titular, evidenciando--se nesses casos o interesse autoritário do Estado que pretende se sobrepor à própria autonomia do indivíduo.

²⁸ No mesmo sentido, v. MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. p. 163.

²⁹ V. nesse sentido DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal...*, cit., p. 41.

³⁰ A mesma crítica é feita por Lothar KUHLEN, para quem “a nova e sistematicamente desacertada legislação penal se atribui, por um lado, a um carácter simbólico-enganoso, e, por outro e em incremento, a um populismo da política criminal que invade os partidos políticos, fazendo-os tomar decisões político-criminalmente irracionais, atendendo simplesmente ao sentido dos votos”. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo (comentário). In *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coords. da versão alemã). MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. da versão espanhola). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 76.

³¹ Da mesma forma, observa de modo contundente Eugenio Raúl ZAFFARONI: “El signo de la legislación autoritaria cool de nuestros días es la opacidad, la tristeza, la depresión, la mediocridad, la falta de creatividad, la superficialidad, la irrespetuosidad al ciudadano: es simplemente la decadencia. No existe en ella la frontalidad de la preversión brillante del autoritarismo ideológico, sino la opacidad frontal de la ausencia de ideas: es absolutamente cool” (*El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 78).

³² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* cit., p.16 e ss.

³³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Viejo y nuevo derecho penal. In HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 22 e ss.

³⁴ V. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Antropos, 2005. p. 399. Acerca dessa concepção de Direito Penal, v. SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. In SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 53 e ss. E, ainda, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prologómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 48 e ss., e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

³⁵ Defendendo um Direito Penal de segunda velocidade, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal...*, cit., p. 151.

³⁶ Idêntica crítica é feita por MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 184.

³⁷ V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión...*, ob. cit., p. 163 e ss.

³⁸ A ideia de Direitos Penais diversos não é nova, encontrando também no passado fundamentação doutrinária. Nesse sentido, tem-se no contexto nacional-socialista alemão o exemplo de Edmund Mezger, que, manifestando-se acerca de um Projeto de Lei para o tratamento dos denominados estranhos à comunidade, defendeu a ideia de dois

modelos de intervenção penal, sendo o primeiro voltado à generalidade dos agentes e o segundo destinado a um grupo determinado de pessoas, como os delinquentes por tendência. Francisco Muñoz Conde assevera, porém, que a distinção feita por Mezger estava orientada por um regime político autoritário, sendo as atuais propostas de expansão do Direito Penal muito mais difíceis de serem assimiladas, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, em que não se pode legitimamente distinguir entre cidadãos, como sujeitos com distintos níveis de respeito e proteção jurídica. MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. In CAMPO MORENO, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007. p. 38-39.

³⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo. Noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37-42.

⁴⁰ O conceito de inimigo remonta à distinção romana entre o *inimicus* e o *hostis*. “El ‘inimicus’ era el enemigo personal, em tanto que el verdadero enemigo político era el ‘hostis’, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El extranjero, el extraño, el enemigo, el hostis, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba fuera de la comunidad. La palabra ‘hostis’ proviene de la raíz sánscrita ‘ghas-’, que alude a ‘comer’, lo que explica su origen común con hostería. ‘Hostire’

también significa matar y 'hostia' tiene el sentido de víctima. La pena máxima en muchas sociedades era la expulsión de la comunidad, el exilio, la pérdida de la paz (die Friedlosigkeit), justamente porque dejaba al sujeto en la situación de extranjero, extraño, enemigo, privado de todo derecho" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal...*, cit., p. 22 e ss.).

⁴¹ Na mesma linha, v. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal...*, cit., p. 22-23.

⁴² Veja-se o autoritarismo e a intolerância implicitamente presentes na obra do autor, quando afirma: "Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del Derecho o, al menos, más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o las diferentes culturas son meros añadidos a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multfolclore de una cultura; lo bien – y esa es la variante peligrosa – las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos junto a los otros y, como cualquier instrumento, es abandonado cuando ya no se necesita más" (JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Trad. e recomp. Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004. p. 45).

⁴³ Digno de nota, a título ilustrativo, é o estabelecimento de aplicação de medidas de segurança a indivíduos imputáveis, em razão de sua periculosidade social, como nos casos de autores de crimes sexuais, conforme se verifica nos modelos norte-americano, alemão e que é atualmente objeto de diversos projetos de lei em trâmite perante o Congresso Nacional brasileiro.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal...*, cit., p. 69.

⁴⁵ Mencionada discussão foi iniciada na Alemanha por ocasião do caso Metzler-Gâfgen-Daschner e nos EUA após o atentado contra as torres gêmeas em setembro de 2001. Sobre as dificuldades teóricas acerca da proteção dos direitos individuais nos *ticking time bomb cases*, v. GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados 'casos de bomba-relógio' e comentário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 78, maio-junho de 2009, p. 18.

⁴⁶ Esse denominado *Direito Penal de segurança* é dotado das seguintes características fundamentais: *i.* protagonismo da delinquência clássica; *ii.* prevalência do sentimento coletivo de insegurança; *iii.* valorização ou prevalência dos interesses da vítima; *iv.* populismo e politização; *v.* revalorização do componente aflitivo da pena; *vi.* retorno à pena privativa de liberdade como principal sanção; *vii.* Ausência de receio social ante o amplo poder sancionador estatal (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada...*, cit., p.70 e ss.).

⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada...*, cit., p. 195.

⁴⁸ HASSEMER, Winfried. Seguridad por intermedio del derecho penal. In *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora Maria del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 29.

⁴⁹ A mesma crítica é feita por CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In GÓMEZ MARTÍN, Victor (Coord.), *La política criminal en Europa*, p. 37 e ss.

⁵⁰ No mesmo sentido, v. José Luis DÍEZ RIPOLLÉS. *La política criminal en la encrucijada...*, cit., p. 190. O autor observa que a adoção de um Direito Penal de segurança “leva a cabo un prejudicioso análisis de la lesividad de los comportamientos a considerar, en virtud del cual convierte a la criminalidad común en factor desestabilizador del orden político y social de primer orden, haciéndola, consecuentemente, el objeto central de la intervención penal”. Idem, p. 191.

⁵¹ No mesmo sentido, MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997, e RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal...*, cit., p. 409 e ss.

⁵² HASSEMER, Winfried. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. In *La ciencia del*

derecho penal ante el nuevo milenio. ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. da versão alemã). Muñoz Conde, Francisco (Coord. da versão espanhola). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 24.

⁵³ Na mesma linha, v. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1983. p. 154.

⁵⁴ Foram talvez os autores italianos os que mais diretamente influíram no estabelecimento de princípios limitadores que conformam uma política criminal democrática, de cunho garantista ou minimalista, a partir dos próprios valores plasmados na Constituição. Veja-se a esse respeito a obra de Luigi Ferrajoli (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*) e a de Alessandro Baratta (*Principi del diritto penale minimo – per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale e La política criminal y el derecho penal de la constitución*).

⁵⁵ Observa-se, porém, que a teoria do bem jurídico como critério de legitimidade da intervenção penal é atualmente alvo de inúmeras críticas, diante de suas deficiências para a justificativa e delimitação da criminalização de inúmeros comportamentos, muitos dos quais relacionados aos riscos presentes na sociedade contemporânea. Nesse sentido, v. HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

⁵⁶ Conforme HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista*

Brasileira de Ciências Criminais, 1994. v. 2, n. 6, p. 52.

⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 52.

⁵⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 239.

⁵⁹ A título ilustrativo, tratando do crime de poluição, previsto no art. 54 da Lei Federal n. 9.605/98, ou dos crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei Federal n. 8.137/90, pode-se mencionar como hipóteses de cumulatividade a ensejar a intervenção penal a conduta do agente que descarta no meio ambiente ínfima quantidade de lixo ou que deixa de recolher ao Erário Público tributo em quantia inferior ao mínimo exigível para justificar sua cobrança administrativa. Em ambos os casos, embora o comportamento individualmente praticado não represente qualquer ofensividade aos respectivos bens jurídicos tutelados, a consideração teórica de sua hipotética repetição no âmbito social leva a justificar a relevância da punição, a partir da ideia de uma ofensividade por acumulação. Silva Sánchez valora negativamente os delitos por acumulação, considerando-os lesivos às garantias fundamentais do Direito Penal liberal: os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade das penas. Porém, para referido autor, com quem não concordamos, os delitos por acumulação só se revelariam inadmissíveis se forem sancionados com pena privativa de liberdade, sendo, portanto, aceitáveis quando puderem ser sancionados com penas de qualquer outra natureza (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal...*, cit., p. 111 e ss.).

⁶⁰ Tratando da proporcionalidade, v. BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales...*, cit., p. 251-252.

⁶¹ Idem, ibidem, p. 374 e ss.

⁶² Da mesma forma, adverte BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales...*, cit., p. 234-235. Tem-se no ordenamento jurídico brasileiro diversos exemplos de flexibilização do princípio da legalidade em prol de uma alegada proteção social ante o delinquente, como os tipos penais de conteúdo excessivamente aberto presentes no âmbito da tutela das relações de consumo ou na esfera ambiental. Também em sede processual penal assiste-se ao esmaecimento do princípio da legalidade em pretensão benefício da sociedade, como na hipótese do reconhecimento recente pelo Superior Tribunal de Justiça da admissão dos denominados agentes infiltrados, mesmo diante da ausência de disciplina jurídica dos limites de sua atuação, a possibilitar o exercício abusivo dessa função.

⁶³ Tratando do conceito e importância da dignidade humana, v. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas...*, cit., p. 29.

⁶⁴ Ao lado de medidas penais de caráter punitivista, adotaram-se outras voltadas a impedir a efetiva punição do delito, tais como o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente pelo recolhimento do tributo, nos crimes contra a ordem tributária, e o reconhecimento dos denominados crimes de menor potencial ofensivo, sujeitos a regramento próprio no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (Lei Federal n. 9.099/95).

⁶⁵ Nos dizeres de Alberto Silva Franco, verifica-se no início dos anos 1990 no Brasil a instalação de uma “fábrica de produção incessante de normas penais”, o que permite dizer estar o país vivendo desde então uma perversão do Direito Penal. Não há mês no qual não se formulem novas leis penais, criminalizando condutas até então livres de tipificação ou agravando figuras criminosas preexistentes. A criminalidade passa por um processo explícito de politização que se dobra ao peso de grupos de interesse ou do poder da mídia, para o qual o crime se torna um espetáculo rentável (*Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 84-85).

⁶⁶ No mesmo sentido, v. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos...*, cit., p. 84-85.

⁶⁷ Criticando de forma contundente a Lei dos Crimes Hediondos, afirma Miguel Reale Júnior: “A lei de crimes hediondos, aprovada de afogadilho, foi uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do sequestro de Roberto Medina, sem que o legislador sopesasse as vantagens em matéria de execução de pena das limitações impostas, que quebram o sistema do Código Penal, com a exigência de cumprimento integral da pena em regime fechado, gerando-se uma fera no meio prisional. O importante, porém, é verificar que editada a lei bem mais rigorosa, aumentaram vertiginosamente os sequestros, a mostrar que nenhuma correspondência entre a gravidade da pena e redução da criminalidade” Avanços e retrocessos. In *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 275).

⁶⁸ Na verdade, o homicídio qualificado ingressou no rol dos crimes hediondos por meio da Lei Federal n. 8.930/94, em boa medida por influência na mídia, em razão da morte de conhecida atriz de telenovelas por seu colega de trabalho, também ator, no ano de 1992.

⁶⁹ Conforme a redação original do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, o cumprimento da pena privativa de liberdade deveria dar-se em regime integralmente fechado. Em razão de sua patente inconstitucionalidade, por impedir ao agente o cumprimento da pena em regime progressivo, referido artigo foi revogado pela Lei Federal n. 11.464/2007, que permitiu a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, desde que cumpridos 2/5 da pena, se o apenado for primário, e 3/5, se reincidente.

⁷⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. *Revista dos Tribunais*, v. 763, São Paulo, 1999. p. 426.

⁷¹ Na mesma linha, v. a crítica de Nilo Batista, para quem “o encargo de definir os crimes hediondos que a Constituição impôs ao legislador ordinário é algo muito diferente da voluntariosa escolha de alguns tipos penais, arbitrariamente selecionados ao sabor de idiosincrasias conjunturais. O julgador foi dispensado da verificação dos elementos de composição conceitual, relegando-o à singela tarefa de observar se o tipo imputado ao agente faz parte ou não do rol legal” (O outro argumento sobre crimes hediondos. In *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 347).

⁷² FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos...*, cit., p. 636-637.

⁷³ Para a crítica ao posicionamento de diversos segmentos de esquerda no Brasil, v. KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitivista. Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Freitas Passos, 1996. v. 1, p. 79-82.

⁷⁴ Tomou-se São Paulo por referência em razão de representar uma das mais violentas regiões do país. Fonte das estatísticas: Secretaria de Segurança Pública – SSP; Delegacia-Geral de Polícia – DGP; Departamento de Planejamento e Controle da Polícia Civil – Deplan; Centro de Análise de Dados – CAD; Fundação Seade.

⁷⁵ Os mesmos dados são encontrados, de forma mais abrangente, na obra de FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos...*, cit., p. 650 e ss.

⁷⁶ Conforme dados da Secretaria de Administração Penitenciária disponíveis em <http://www.admpenitenciaria.sp.gov.br/dti/estatisticas.html>.

⁷⁷ No contexto desse movimento repetitivo crime – sistema prisional – dessocialização – crime, as taxas de reincidência chegam a alcançar 80% conforme dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, embora não haja estatísticas oficiais a respeito. No mesmo sentido crítico, v. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos...*, cit., p. 639-650.

⁷⁸ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo*. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado). São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005. p. 167.

⁷⁹ Conforme crítica feita por Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Execução penal e falência do sistema carcerário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 29, São Paulo, 2000, p. 354-355.

⁸⁰ Anistia Internacional. *Brasil: aqui ninguém dorme sossegado*. Violações dos direitos humanos contra detentos. São Paulo: Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1999. p. 34.

⁸¹ Referida unidade prisional tinha possibilidade de abrigar 512 presos, mas possuía à época da decisão judicial 1599 internos (mais de 3 vezes sua capacidade). Conforme procedimento C – 128/07, julgado aos 15 de janeiro de 2008.

⁸² Em sentido contrário à tolerância quanto às condições desumanas de diversos estabelecimentos prisionais, é digna de nota a decisão do Superior Tribunal de Justiça no HC n. 142.513-ES (Rel. Min. Nilson Naves), a rejeitar veementemente a possibilidade de encarceramento de indivíduos em containers, prática no Estado do Espírito Santo que foi denunciada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em 2009 e acabou levando o Brasil a responder perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e à ONU, após pedido frustrado do CNPCP de intervenção federal naquele Estado em razão do descaso das autoridades locais.

⁸³ Nesse sentido, v. HC 94.829-SP e HC 94.526-SP, cujos acórdãos estão disponíveis em www.stf.gov.br.

⁸⁴ Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – HC 335.434/9.

⁸⁵ Os arts. 52 e 53 da Lei de Execução Penal, alterados pela Lei Federal n. 10.972/03, que instituiu o RDD, são objeto de questionamento atual perante o Supremo Tribunal Federal, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 4162).

⁸⁶ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado)*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005. p. 168.

⁸⁷ Conforme a conclusão do parecer, “diante do quadro examinado, do confronto das regras instituídas pela Lei n. 10.792/03 atinentes ao Regime Disciplinar Diferenciado, com aquelas da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros, ressalta a incompatibilidade da nova sistemática em diversos e centrais aspectos, com a falta de garantia para a sanidade do encarcerado e duração excessiva, implicando violação à proibição do estabelecimento de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, previstas nos instrumentos citados. Ademais, a falta de tipificação clara das condutas e a ausência de correspondência entre a suposta falta disciplinar praticada e a punição decorrente, revelam que o RDD não possui natureza jurídica

de sanção administrativa, sendo, antes, uma tentativa de segregar presos do restante da população carcerária, em condições não permitidas pela legislação” (Documento disponível em www.mj.gov.br/cnpcp/pareceres).

⁸⁸ Expõe da mesma forma essa preocupação Victor Gómez Martín. *Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal*. In GÓMEZ MARTÍN, Victor (Coord.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid: Edisofer, 2007. p. 80 e ss.

⁸⁹ Sendo todos os autores alemães citados membros do Institut für Kriminalwissenschaften da Universidade de Frankfurt.

⁹⁰ V. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. 1999. p. 20 e ss.

⁹¹ V. SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 21 e ss.

⁹² GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Cultura del control...*, cit., p. 87.

⁹³ Ana Isabel Pérez Cepeda observa que o problema é que a posição da vítima do delito é, por definição, uma posição parcial e pouco favorável à racionalidade, o que determina uma pressão social sobre o Direito Penal que não só tende a ampliá-lo, como também esse desequilíbrio vítima-delinquente leva a uma predisposição a negar os direitos dos últimos a fim de garantir a ideia de segurança (*La*

seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Madrid: Iustel, 2007. p. 439).

⁹⁴ V. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 92.

⁹⁵ Sobre essa mudança de paradigma do Direito Penal, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal...*, cit., p. 53.

⁹⁶ Nessa linha, adverte Norberto BOBBIO: "Mejor una libertad siempre en peligro pero expansiva que una libertad protegida pero incapaz de desarrollarse. Solo una libertad en peligro es capaz de renovarse. Una libertad incapaz de renovarse se transforma tarde o temprano en una nueva esclavitud" (El tiempo de los derechos..., cit., p. 254).

⁹⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento...*, cit., p. 371-372.

⁹⁸ Sobre a crítica ao garantismo, v. José Luis Díez Ripollés, para quem "este modelo ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios politicocriminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. De ahí que las críticas que se hacen desde el garantismo a recientes decisiones legislativas penales, se pierden en el vacío de la incomprensión social" (*La política criminal en la encrucijada...*, cit., p. 64-65). Também nesse sentido, do mesmo autor, v. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Madrid: Trotta, 2003. p. 74, 141-143.

⁹⁹ KUHLEN, Lothar. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. (comentário) In *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (coord. da versão alemã). MUÑOZ CONDE, Francisco (coord. da versão espanhola). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 85.

¹⁰⁰ Na verdade, o crime relaciona-se às condições fundamentais de toda vida social e, por isso mesmo, tem sua utilidade (DURKHEIM, Émile. *Regras ao método sociológico*. 8. ed. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 60). Na mesma linha, conclui Miguel Reale Júnior que *o preço da liberdade é o eterno delito; o crime só desaparecerá quando findar a liberdade* (Liberdade e política. In *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 128).

A CULPABILIDADE NA DOGMÁTICA PENAL

¹ Tradução livre de: "Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Tater vorgeworfen, daß er sich nicht rechtmäßig verhalten, daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich nicht rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können" (BGB 2,194 [200]) (Jescheck, Hans-Heirich. *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlim:Dunker & Humblot. 1988. p. 19).

² LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Réus. S/d. v. II, p. 390.

³ Nesse sentido: GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença – Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 43.

⁴ Santo Agostinho. *Diálogo sobre o livre-arbítrio*. Edição bilíngue latim-português. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2001. p. 239.

⁵ MOMMSEN, Theodore. *El derecho penal romano*. Madrid: España Moderna, 1898. p. 84.

⁶ Tradução livre de: "Il principio di colpevolezza è uno dei cardini fondamentali del diritto penale italiano. Esso indica la esigenza ética, in base ala quale deve consirerarsi vietato al legislatore prevedere la punizione di fatti Che non siano espresione dell'uomo come

‘persona’” (PAGLIARO, Antonio. *Sommario del Diritto penale italiano. Parte generale*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 203).

⁷ BONECASA, Cesar; BECCARIA, Marques de. *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Arengreen, 1945. p. 47.

⁸ FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 63.

⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 206.

¹⁰ BETTIOL, Giuseppe; MANTOVANNI, Luciano Petoelo. *Diritto Penale*. Pádua: CEDAM, 1986. p. 20.

¹¹ AC 98.873. Rel. Des. Luiz Betanho. In: FRANCO, Alberto Silva *et alii*. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1993. p. 2595.

¹² Tradução livre de: “Syntax soll also heißen: der Zusammenhang von Zeichen mit anderen Zeichen, Semantik: der Zusammenhang von Zeichen mit Gegenständen, deren Bezeichnung behauptet wird, und Pragmatik: der situativ Zusammenhang, in dem die Zeichen von den Beteiligten jeweils benutzt werden” (VIEHWEG, Teodor. *Topik und Jurisprudenz*. München: Beck, 1974. p. 111).

¹³ JESCHECK, Hans-Heirich. *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 178.

¹⁴ ASÚA, Luiz Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada, 1956. p. 149.

¹⁵ Tradução livre de: "Diese Erkenntnis, daß die strafrechtliche Schuld nicht ein feststehender psychologischer Sachverhalt, sondern ein normativ-bewerteter Sachverhalt ist, bezeichnet man als normative Schuldauflassung" (MEZGER, Edmund. *Strafrecht. Ein Lehrbuch*. Berlin und München: Duncker & Humblot, 1949. p. 249-250).

¹⁶ Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 210.

¹⁷ Segundo Welzel: "La clara verdad es que se puede hacer el reproche de culpa solamente cuando el autor estuvo en condiciones de conocer la antijuridicidad de su hacer" (WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 172).

¹⁸ Recurso Especial 1990/2487-0. 5ª Turma. Rel. Min. Assis Toledo. DJ 6-8-90.

¹⁹ WELZEL, Hans. La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè. A. IV. ns. 1-2. Gen-apr. 1951. p. 11.

²⁰ MEZGER, Edmund. *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, cit., p. 328. *In verbis*: "Vom juristischen Laien aber kann hierzu eine förmliche Subsumtion der Tatsachen unter das Gesetz nicht verlangt werden. Wohl aber ist zu solcher Bedeutungskennntnis eine Parallelwertung in der Laiensphäre des Täters nötig".

A REVISÃO DO MODELO CONSTITUCIONALISTA DE ILÍCITO PENAL E A CHAMADA “ORIENTAÇÃO ÀS CONSEQUÊNCIAS”

¹ Publicada no *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Utet, 1973. v. XIV, p. 7-93. Utilizamos, porém, o texto republicado em 1997 nos *Scritti di diritto penale*, v. I, t. I, p. 539-809.

² BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*, 1997, p. 775.

³ Cf. BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*, 1997, p. 565-566 e 569.

⁴ Cf. BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*, 1997, p. 577.

⁵ Cf. BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*, 1997, p. 780.

⁶ Cf. BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*, 1997, p. 786-789.

⁷ Sobre a recepção da teoria constitucionalista do delito pela doutrina penal brasileira, permitimo-nos o reenvio a SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *A Constituição e o princípio da ofensividade penal vinte anos depois*, 2008, p. 329-332.

⁸ Para o argumento, reenviamos a SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *O Código, as cautelares e o juiz das garantias*, 2009, p. 77-79.

⁹ PALAZZO, Francesco. *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, 1998, p. 354.

¹⁰ Na análise de Fiandaca, “a divergência entre o direito penal por assim dizer doutrinário e o direito penal por assim dizer efetivo ou concreto, isto é, que se manifesta na legislação e na práxis judiciária e nas imagens ‘mass-midiáticas’, projetou-se muito além de certos inevitáveis limites fisiológicos. O direito penal dos professores tem dificuldade de se comunicar com o direito penal da práxis” (*Il sistema penale tra utopia e disincanto*, 1995, p. 51).

¹¹ Reconhecendo o momento de “crise”, “declínio” ou “substancial insucesso” por que passa o modelo constitucional de ilícito penal, cf., entre outros, PALAZZO, Francesco. *I confini della tutela penale*, 1992, p. 456-459; idem. *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, 1994, p. 76; idem. *Scienza penale e produzione legislativa*, 1997, p. 707; MUSCO, Enzo. *Consenso e legislazione penale*, 1993, p. 92; DONINI, Massimo. *Teoria del reato*, 1996, p. 37; idem. *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, p. 70.

¹² Wolfgang Frisch faz sofisticada defesa de tal ponto de vista: “o mero fato de que um enunciado dogmático não pretenda modificar os resultados não justifica, por si só, um juízo negativo sobre o mesmo. Na realidade, uma das mais importantes tarefas da Dogmática consiste não apenas em apresentar resultados, senão em fundamentá-los convincentemente. [...] Por tudo isso, somente cabe julgar negativamente os desenvolvimentos dogmáticos relativos a um tema que já foi amplamente tratado, quando, ao final, constata-

se que tampouco oferecem uma melhor fundamentação” (*Dogmática jurídico-penal afortunada y Dogmática jurídico-penal sin consecuencias*, 2004, p. 213).

¹³ Conforme Konrad Hesse, “se a Constituição quer fazer possível a resolução das múltiplas situações críticas historicamente cambiantes, seu conteúdo haverá de permanecer necessariamente *aberto ao tempo*” (*Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 19). Cf., também, PULITANÒ, Domenico. *Politica criminale*, 1985, p. 90.

¹⁴ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, 1997, p. 23. A tese fundamental do autor é a de que não é pertinente estabelecer um elenco de intérpretes da Constituição em *numerus clausus*, pois “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos” (op. cit., p. 13).

¹⁵ DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, p. 71. Já se via a mesma preocupação em PULITANÒ, Domenico. *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, 1981, p. 118-119. Cf., ainda, LOSAPPIO, Giuseppe. *La riforma del diritto penale*, 2003, p. 142.

¹⁶ Cf. PALAZZO, Francesco. *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, 1994, p. 72-73; Idem. *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, 1998, p. 369.

¹⁷ DONINI, Massimo. *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, 2004, p. 87.

¹⁸ A troca regular de informação entre os circuitos doutrinário e judicial é compreensível por inúmeras razões, a começar pela formação intelectual dos juízes, que, obrigatoriamente, têm de demonstrar intimidade com o saber científico, pré-condição para ascender ao cargo. Igual modo, a racionalidade de tipo dedutivo pode ser muito útil quando o processo decisional se torna pura rotina, burocracia, além de ampliar o uso do tão conhecido *argumento de autoridade*. Ao analisar as relações entre os dois polos citados, Palazzo sustenta que a principal afinidade entre doutrina e jurisprudência reside na tarefa comum de “garantia dos princípios fundamentais e da racionalidade sistêmica do ordenamento”, compartilhando, pois, o mesmo estilo argumentativo e a mesma aspiração de racionalidade (cf. *Scienza penale e produzione legislativa*, 1997, p. 722-723 e 727).

¹⁹ Cf. SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *A Constituição e o princípio da ofensividade penal vinte anos depois*, 2008, p. 332-343.

²⁰ O duplo endereço da mensagem doutrinária foi sintetizado por Palazzo com a expressão “vias de penetração dos valores constitucionais no sistema penal”, quais sejam a “via legislativa” ou a “via jurisdicional” – esta mais problemática do que a primeira, na visão do autor, sobretudo por impor desafios ao princípio da estrita legalidade (cf. PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*, 1989, p. 30-40).

²¹ Comentando as precauções políticas (*self-restraint*) da Corte Constitucional italiana na efetivação dos princípios doutrinários, ver

PALAZZO, Francesco. *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, 1998, p. 354-355 e 370; idem. *Scienza penale e produzione legislativa*, 1997, p. 724-727.

²² Nesse sentido, cf. FIANDACA, Giovanni. *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, 1982, p. 52; DONINI, Massimo. *Teoria del reato*, 1996, p. 35; idem. *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, 1997, p. 377; idem. *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, 2004, p. 89.

²³ Duras críticas às propostas da *Comissão Bicameral* em PALAZZO, Francesco. *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, 1998, p. 357, nota 14, e 370, nota 36; PULITANÒ, Domenico. *Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale?*, 1998, *passim*; DONINI, Massimo. *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, 2004, p. 99-101.

²⁴ DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, p. 71.

²⁵ FIANDACA, Giovanni. *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, 1982, p. 65.

²⁶ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*, 2005, p. 126-127.

²⁷ Cf. PALAZZO, Francesco. *I confini della tutela penale*, 1992, p. 461.

²⁸ Ibidem, p. 464.

²⁹ Ibidem, loc. cit.

³⁰ Ibidem, p. 467-468.

³¹ Ibidem, p. 469.

³² Ibidem, p. 478-480. Interessante notar a aproximação entre os critérios propostos por Palazzo e as conclusões de Winfried Hassemer: “As condições de incremento do reconhecimento social de um bem são a frequência da lesão do bem, o intenso grau de necessidade a seu respeito e o alarme social suscitado por sua lesão” (*Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, 1984, p. 106).

³³ Cf. ibidem, p. 473.

³⁴ Cf. ibidem, p. 474-475.

³⁵ Ibidem, p. 475.

³⁶ Ibidem, p. 461.

³⁷ PALAZZO, Francesco. *Scienza penale e produzione legislativa*, 1997, p. 712-713.

³⁸ Como nos explica o autor: “Na última etapa da evolução da ciência penal, ela tende a problematizar-se: sem abandonar a

referência à Constituição, esta última transforma-se no cenário de fundo sobre o qual são elaborados critérios racionais de criminalização de marca mais claramente *metodológica* e inspirados a uma *orientação pragmático-finalística* que eleva as *consequências* sociais da opção penal a critério prevalente de boa legislação. Com o resultado ulterior de que cada valoração preventiva ou consuntiva das escolhas de criminalização deve ser 'cientificamente' testada sobre *bases empíricas*" (PALAZZO, Francesco. *Scienza penale e produzione legislativa*, 1997, p. 706-707).

³⁹ Cf. ibidem, p. 717.

⁴⁰ Cf. ibidem, p. 731-732.

⁴¹ Cf., especialmente, DONINI, Massimo. *Teoria del reato*, 1996, p. 6-9 e 38-41; Idem. *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, 1997, p. 342, 353, 365-367 e 386; idem. *La riforma della legislazione penale complementare*, 2000, p. 659-661; idem. *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, p. 66-71; idem. *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, 2004, p. 82-85, 98 e 100-106.

⁴² Cf. DONINI, Massimo. *La riforma della legislazione penale complementare*, 2000, p. 660; idem. *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, p. 68.

⁴³ DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, p. 94, nota 41.

⁴⁴ Cf. ibidem, p. 63.

⁴⁵ “[...] a *moderna ciência* do direito penal agrega à (tradicional, mas insubstituível) *dimensão hermenêutica e sistemática* também a dimensão crítica, imanente à fundação do direito penal, que se ancora sobre princípios superiores à lei ordinária: princípios de garantia e princípios constitucionais, princípios idealísticos e princípios utilitarísticos, valores e empiria” (DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell’illecito penale*, 2004, p. 64-65).

⁴⁶ Ibidem, p. 65.

⁴⁷ Cf. ibidem, p. 83-84.

⁴⁸ Ibidem, p. 84. “A política de que falo, todavia, não pode ser integralmente subempreitada aos partidos políticos: ela deve ter na própria Constituição e na ciência da legislação um conjunto de princípios e critérios capazes de orientar a construção das leis penais inclusive quando não seja possível submetê-las a vínculos de um controle estritamente jurídico por parte da Corte” (op. cit., p. 73).

⁴⁹ Ibidem, p. 84.

⁵⁰ Ibidem, p. 91. Também conferindo à subsidiariedade uma posição “absolutamente central” entre os princípios penalíticos, ver EUSEBI, Luciano. *Politica criminale e riforma del diritto penale*, 2000, p. 121-123.

⁵¹ Cf. ibidem, p. 86 e 92-93.

⁵² Cf. ibidem, p. 86 e 94.

⁵³ Postulando o incremento de estudos empíricos pela ciência penal, cf., ainda, MARINUCCI, Giorgio. *Politica criminale e riforma del diritto penale*, 1975, p. 71-72; idem. *Relazione di sintesi*, 1985, p. 336 e 364; DE FRANCESCO, Gennaro Vittorio. *In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica*, 1975, p. 50-52; PULITANÒ, Domenico. *Politica criminale*, 1985, p. 80; idem. *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, 2001, p. 11-12; I. *Il laboratorio del giurista*, 2003, p. 132-134; MUSCO, Enzo. *Diritto penale e politica*, 1991, p. 18; PALIERO, Carlo Enrico. *Consenso sociale e diritto penale*, 1992, p. 911; FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo. *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, 1994, p. 35-36; FIANDACA, Giovanni. *Relazione introduttiva*, 2003, p. 3-4.

⁵⁴ “[...] necessário todavia evitar de assumir a Constituição como horizonte global e como quadro último dos princípios pertinentes aos problemas penais: a Constituição é o catálogo supremo dos princípios do nosso ordenamento positivo, deu uma decisiva contribuição à afirmação e à defesa das garantias liberais no campo penal, mas não é e não pode ser o limite da reflexão crítica sobre os problemas penais, nem da discussão sobre os princípios, muito menos das elaborações conceituais da ciência jurídica” (PULITANÒ, Domenico. *Quale scienza del diritto penale*, 1993, p. 1226).

⁵⁵ PULITANÒ, Domenico. *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, 2001, p. 6.

PERICULOSIDADE NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

¹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 123 e 124.

² Canotilho, *Direito Constitucional*, 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 538 e 539.

³ Canotilho, op. cit., p. 562 a 567.

⁴ Mariângela Gama de Magalhães Gomes, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 85 e 86.

⁵ Reale Júnior, *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*, Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 33 a 35.

⁶ Palazzo, *Introduzione ai Principi del Diritto Penale*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1999. p. 53.

⁷ Palazzo, op. cit., p. 54. Além dessa função, a culpabilidade assume no sistema punitivo um importante significado de proibição de excesso, constituindo o limite intransponível da medida da pena. Em outras palavras, essa função da culpabilidade consiste em estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências da preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade, no âmbito de um Estado

Democrático de Direito – e, assim, estabelecer uma barreira intransponível ao intervencionismo punitivo do Estado e um freio incondicional aos apetites abusivos que ele possa suscitar. Figueiredo Dias, p. 134.

⁸ Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 235.

⁹ Carbonell Mateu, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 215.

¹⁰ Palazzo, *Valores Constitucionais e Direito Penal*, trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 80.

¹¹ Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, *Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal*, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 131.

¹² Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, op. cit., p. 131 a 133.

¹³ Aníbal Bruno, Teoria da perigosidade criminal, in *RT 779/753*, p. 754.

¹⁴ Jimenez Asúa, apud Aníbal Bruno, op. cit., p. 761.

¹⁵ Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. v. 1, p. 258, 319 e 320.

¹⁶ Alberto Silva Franco e Rui Stoco, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 7. ed. Parte Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais,

2001. v.1, p. 5.

¹⁷ Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, op. cit., p. 138.

¹⁸ Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, op. cit., p. 138 e 139.

¹⁹ Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, op. cit., p. 139 e 140.

²⁰ Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, op. cit., p. 133.

²¹ Jakobs, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2003, p. 40.

²² Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1959. v. 1, t. II, p. 598.

²³ Jakobs, op. cit., p. 23.

²⁴ Jakobs, op. cit., p. 24.

²⁵ Nos termos do art. 52, I, da LEP, é permitida, ainda, a repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada.

²⁶ Busato, Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal de inimigo, in *Revista de Estudos Criminais*, n. 14, 2004, p. 139.

²⁷ RT 764/499.

²⁸ RT 749/657.

²⁹ Jakobs, op. cit., p. 24 e 25.

³⁰ Jakobs, op. cit., p. 26 e 27. A partir da concepção de que os cidadãos têm um direito à segurança, a coletividade passa a exigir do Estado que tome as medidas adequadas para garanti-la – especialmente diante de indivíduos que reincidem persistentemente. In Jakobs, op. cit., p. 32.

³¹ Jakobs, op. cit., p. 42 e 46.

³² Anibal Bruno, op. cit., p. 761.

³³ Bustos Ramírez, Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: La culpabilidad y la peligrosidad. In *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo – Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 7.

³⁴ Bustos Ramírez, op. cit., p. 6.

RESPONSABILIDADE PENAL: ASPECTOS POLÊMICOS

¹ *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998. p. 141.

² Op. cit., p. 142.

³ Art. 16, § 8º, do Código Criminal do Império: “designio formado antes da acção de offender individuo certo ou incerto, desde que entre o designio e acção decorressem mais de vinte e quatro horas”. Art. 39, § 2º, do Código Penal de 1890: “ter sido o crime cometido com premeditação, mediante entre a deliberação criminosa e a execução o espaço, pelo menos, de 24 horas”.

⁴ No liminar do século XX, Galdino Siqueira já destacava o carácter fluido da premeditação:

“Se grammaticalmente *premeditação* compõe-se da partícula *pre*, que denota, anterioridade de tempo, e do verbo *meditar*, que significa pensar, reflectir, e, assim, premeditar é reflectir sobre uma acção de realis-a, no domínio do direito penal o conceito não tem sido uniformemente fixado.

Na lição de CARRARA, seguido por uma torrente de classicos, para haver premeditação, que representa o primeiro e mais elevado gráo do dolo, não basta pensar ou reflectir sobre o crime, mas é necessário um designio ou uma determinação friamente

amadurecida no animo, uma fredezza del calcolo, junto á perseverança da vontade má, graça ao lapso de tempo que decorre entre a determinação e a acção. (...).

Neste sentido, considera BENTHAM a premeditação como indício de um caracter perigoso". *Direito penal brasileiro (segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. I, p. 488.

Note-se que, no atual estágio do Direito Penal, não há falar em graus de dolo, dados os avanços alcançados pelo Finalismo. Em igual medida, é inadmissível tratar o imputável como perigoso (juízo próprio à aplicação de medida de segurança), em razão do fim do duplo binário, conquista atribuível à democrática reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984.

⁵ É emblemático, neste sentido, o seguinte precedente:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MAUS ANTECEDENTES. FATO CRIMINOSO ANTERIOR. DISTINÇÃO COM REINCIDÊNCIA. DENEGAÇÃO. 1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à noção de maus antecedentes para fins de estabelecimento do regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. 2.

Não há que confundir as noções de maus antecedentes com reincidência. Os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto,

não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência (CP, art. 63). 3. Levando em conta o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar os maus antecedentes criminais (CP, art. 59), não havendo qualquer ilegalidade ou abuso na sentença que impõe o regime fechado à luz da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado, como é o caso dos maus antecedentes. 4. *Habeas corpus* denegado (HC 95585, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-07 PP-01593 RJSP v. 56, n. 374, 2008, p. 163-170 RT v. 98, n. 882, 2009, p. 523-529 RMDPPP v. 5, n. 27, 2009, p. 110-118).

⁶ Neste sentido, confira-se o seguinte precedente, não muito antigo, do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (6 ANOS). PENA CONCRETIZADA EM 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS A ROUBO, FURTO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS PELO PACIENTE. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MÁ CONDUTA SOCIAL. MAJORAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

ORDEM DENEGADA.

1. Os atos infracionais praticados pelo paciente não foram considerados como maus antecedentes, como afirma a impetrante, apenas e tão somente serviram de base para o sentenciante concluir pela existência de personalidade desvirtuada e voltada para o crime; tal circunstância, aliada à má conduta social e à periculosidade evidenciada pelo *modus operandi* da ação criminosa, é suficiente para justificar a majoração da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes do STJ.

2. *Habeas Corpus* denegado, em consonância com o parecer do MPF.

(HC 84052/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 29/10/2007 p. 290).

Em idêntico trilha: TJSP – Ap. Crim. 10245673500 – Rel. Des. Rachid Vaz de Almeida – 10ª Cam. Crim. – j. 09/04/2008.

⁷ Em igual sentido:

PENAL – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – APELAÇÃO QUE DEVOLVE AO TRIBUNAL A *QUO* O EXAME DE TODA MATÉRIA EM FAVOR DO RÉU, POSSIBILITANDO O MESMO POSTERIOR CONHECIMENTO POR ESTA CORTE. PENAS-BASE FIXADAS PARCIALMENTE COM FUNDAMENTO EM CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS – IMPOSSIBILIDADE. ATOS INFRACIONAIS QUE NÃO REPERCUTEM NA FIXAÇÃO DA PENA. MINORANTE QUE PODE SER APLICADA EM MAIOR QUANTIDADE. ORDEM CONHECIDA E PARCIALMENTE CONCEDIDA.

A interposição do apelo devolve ao Tribunal estadual o conhecimento de toda a matéria em favor do réu, ainda que não alegada,

possibilitando a esta Corte dela conhecer, ainda que aquele Sodalício não o tenha feito.

A fixação das penas-base não será feita mediante considerações genéricas e circunstâncias próprias do crime, mas com base em fatos concretos, devidamente fundamentados.

Atos infracionais não repercutem nas penas-base, porquanto praticados quando o paciente ainda era inimputável.

A quantidade de diminuição em virtude da minorante específica deve resultar do exame de todo o fato criminoso.

Ordem conhecida e provida parcialmente, para reduzir as penas-base e aumentar o quantitativo da minorante específica.

(HC 116.984/MG, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 10/11/2008)

⁸ Conferir interessante trabalho a respeito do tema, de cuja banca de aprovação tive a honra de fazer parte: MACHADO, Vinícius. O insustentável quadro de apreciação da personalidade do agente na prática penal brasileira. In: *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, n. 7, 2008, p. 89-114.

⁹ Neste trilho, deve-se colocar em destaque caso de nefasto desrespeito à linha divisória entre imputabilidade e inimputabilidade. Trata-se de episódio envolvendo ato infracional de marcante gravidade (análogo a homicídio, perpetrado com machado, seguido pela ingestão do sangue da vítima). A despeito disso, nada

justificaria a determinação judicial que fez lembrar as concepções positivistas de limpeza social. Após o transcurso dos vinte e um anos de idade da internada, foi ordenada, diante de distúrbios psíquicos, a sua transferência para unidade carcerária para resguardar a sociedade. A ilegalidade foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em aresto assim ementado:

HABEAS CORPUS. PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS DELITOS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E DE LESÃO CORPORAL GRAVE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E DE SEGURANÇA EM CADEIA PÚBLICA. ILEGALIDADE. ADVENTO DOS 21 ANOS. LIBERAÇÃO COMPULSÓRIA. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 123, que o cumprimento da medida de internação será em estabelecimento próprio, respeitadas as condições peculiares do menor.
2. A liberação compulsória ocorre com o advento dos 21 (vinte e um) anos de idade do infrator (art. 121, § 5º, do ECA), mesmo que segregado para tratamento psicológico e/ou psiquiátrico, não sendo mais possível a continuidade da internação ou de qualquer outra medida.
3. Ordem concedida para anular a medida aplicada, já que o processo foi extinto e arquivado pela origem, determinando a imediata liberação da paciente, com recomendação ao Ministério Público para, se o caso, tomar as medidas civis pertinentes.

(HC 113.371/PI, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 18/05/2009)

¹⁰ REALE JÚNIOR, Miguel, DOTTI, René Ariel, ANDREUCCI, Ricardo Antunes, PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987. p. 161.

¹¹ *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 49. Conferir, ainda, acerca do princípio da subsidiariedade: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 85-90.

¹² *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. I, p. 460. Note-se que o festejado civilista Silvio Rodrigues, comentando o mesmo dispositivo, também destacando a imprescindibilidade do advento do dano, deixa de considerar o recorte subsidiário do Direito Penal: "O terceiro elemento caracteriza- dor da responsabilidade consiste na existência do dano. Em rigor, se alguém atua culposa ou dolosamente, não infringe a norma penal nem causa dano a terceiros, seu ato não gera qualquer consequência, pois a questão da responsabilidade civil só se apresenta em termos de indenização e esta só é possível se ocorrer prejuízo" (*Direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva. v. I, p. 310).

¹³ Conferir atualíssimo trabalho acerca do tema: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.

¹⁴ BOTTINI, Pierpaolo da Cruz. Op. cit., p. 109.

¹⁵ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Peculato-furto e concurso de agentes. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 189, p. 11-12, ago. 2008, no qual foi destacado: O correto é criar-se a figura dolosa e, se for o caso, também se incrimina a forma culposa. É difícil conceber um delito que é punido apenas na modalidade culposa, a não ser que se remeta à ridícula figura do *crime mula sem cabeça*: art. 40-A da Lei n. 9.605/98, em que o *caput* foi vetado, mantendo-se, todavia, no § 3º, a surreal modalidade culposa de *nihil*.

¹⁶ Note-se que, *in casu*, nem sequer se está a tratar efetivamente de criação de risco, mas, antes do emprego de dado meio de que *podia* resultar perigo comum.

¹⁷ A proposição vem ao encontro do cânone *criação de risco permitido* que, à luz da Teoria da Imputação Objetiva, exclui a responsabilidade penal. Acerca do tema, eis a lição do saudoso Antonio Luís Chaves Camargo:

“A imputação objetiva, numa perspectiva funcionalista, não tem mais o indivíduo como o centro de imputação, mas no subsistema penal há a exigência de assegurar a confiança institucional dos cidadãos, o que é uma forma de integração no sistema social. Esta integração ocorre na medida em que exista a confiança recíproca e dinâmica dos cidadãos numa determinada sociedade.

A realização de um risco criado pelo autor é o pressuposto da imputação de um tipo objetivo a seu autor. Nesta perspectiva, a

ação tem relevância na análise por permitir o exame da situação de perigo criada, previamente, e, após o curso causal, a devida e concreta realização da ação, que determina o exame *a posteriori* deste risco. (...)

No âmbito da criação de um risco juridicamente relevante, a teoria de Habermas, do agir comunicativo, tem relevância na ação comunicativa, pois, com sua estrutura teleológica, exige que o risco criado determine um perigo além do limite da confiança recíproca e do limite da autorização, ou consenso que pauta o agir comunicativo, na integração social” (*Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 141-143).

¹⁸ Ensina Carlos Maxiliano: “*Verba cum effectu, sunt accipienda*: ‘Não se presumem, na lei, palavras inúteis’. (...) As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 250).

¹⁹ Neste sentido: PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. v. I, p. 119.

²⁰ Para uma visão crítica acerca da Lei dos crimes ambientais, conferir: REALE JÚNIOR, Miguel. A lei dos crimes ambientais. In:

Separata forense. São Paulo, edição comemorativa de 10 anos, p. 9-11, outubro de 2002.

²¹ Nesta linha de raciocínio é patente a resistência do Tribunal de Justiça de São Paulo, diante da compreensão consolidada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, de que são nulos os julgamentos efetuados por Turmas compostas majoritariamente por juízes de primeiro grau, em razão da violação do princípio do juiz natural: STJ, HC 103.259/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/09/2008, DJe 11/11/2008.

²² HC 83.964/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, j. 01/02/2010; HC 153.431/SP – Rel. Min. NILSON NAVES, j. 01/02/2010.

²³ Enunciado n. 718: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

Enunciado n. 719: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

²⁴ Segundo o entendimento de José Antonio Paganella Boschi, somente quando a segunda majorante não se encaixasse no rol das agravantes é que se poderia lançá-la como circunstância judicial. Aponta, contudo, o posicionamento de Damásio Evangelista de Jesus, segundo o qual as outras causas de aumento apenas poderiam incidir no cômputo da pena na qualidade de circunstância

judicial (*Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 302).

²⁵ *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Bogotá: Ed. Temis, 1994. p. 198-202.

²⁶ Op. cit., p. 115.

²⁷ Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior destacam: "Havendo duas causas de diminuição elas incidem sucessivamente, como recomenda o método cumulado. Isso significa que são feitas duas operações sucessivas e cumulativas (uma sobre a outra). Se assim não for corre-se o risco de se chegar à pena 'zero'" (op. cit., p. 283). Por seu turno, José Antonio Paganella Boschi, com apoio em Ruy Rosado de Aguiar Júnior, entende que tanto em relação às causas de aumento quanto às minorantes deve ocorrer o sistema cumulativo, afirmando: "A operação *por cascata* evita o absurdo da pena zero a que chegaríamos se as reduções, pela ocorrência de mais de uma causa de diminuição, tivessem que ser processadas sobre a pena-base" (op. cit., p. 303).

A jurisprudência, no particular, segue de par com doutrina:

"HABEAS-CORPUS". EXCESSO DE RIGOR NA APLICAÇÃO DA PENA. CONCURSO DE CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DA PENA: TENTATIVA E SEMIRRESPONSABILIDADE. APLICAÇÃO SUCESSIVA. A APLICAÇÃO CUMULATIVA PODERIA LEVAR A PENA ZERO OU NEGATIVA. O rito especial e sumário do "habeas-corpus" não se compatibiliza com o pedido de revisão de pena aplicada acima do mínimo legal e devidamente fundamentada. No concurso de causas de diminuição

da pena, elas devem ser aplicadas sucessivamente; a aplicação cumulativa poderia levar a “pena zero” ou negativa. “Habeas-corpus” conhecido e provido (STF, HC 71324, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/1994, DJ 23-09-1994 PP-23315 EMENT VOL-01759-04 PP-00737).

²⁸ Para visão ampla sobre os argumentos favoráveis e os contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica, conferir: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 1998. p. 88-96.

²⁹ Op. cit., p. 231.

³⁰ Lembra Maria Helena Diniz que “há alguns resquícios de morte civil na nossa ordenação civil, p. ex., no art. 157 do Código Comercial, como causa de extinção do mandato mercantil, que nunca vigorou no Brasil, e no art. 1.816 do Código Civil, segundo o qual são pessoais os efeitos da exclusão da herança por indignidade. Os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse; no Decreto-lei n. 3.038/41, art. 7º, e Lei n. 6.880/90, art. 130, que dispõem que uma vez declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, perderá o militar o seu posto e patente, ressalvado à sua família o direito à percepção de suas pensões” (op. cit., p. 198). Defendendo a ideia de que a liquidação representaria espécie de morte civil, cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da, MILARÉ, Edis. *Direito penal ambiental – comentários à Lei 9.605/98*. Campinas: Ed. Millennium, 2002. p. 68.

³¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão, CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002. p. 113.

³² SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 100.

³³ “Art. 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

§ 1º Não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família.

§ 2º Se a área explorada for superior a 1.000 ha (mil hectares), a pena será aumentada de 1 (um) ano por milhar de hectare” (Incluído pela Lei n. 11.284, de 2006).

Destaque-se, por interessante, a *sui generis* redação do § 2º, *preceito secundário tarifário*, que permite, a princípio, o estabelecimento ilimitado de incremento de pena, a depender das dimensões da área desmatada, explorada economicamente ou degradada. Tratando-se de majorante com parâmetro fixo, é, numa primeira abordagem, compulsória a exasperação.

³⁴ Interessante análise acerca do tema foi realizada por Rodrigo Ribeiro de Magalhães Alves: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais*. Trabalho de conclusão de curso, sob orientação do professor Nicolau Dino, Universidade de Brasília, 2009,

de cuja banca examinadora tive a honra de participar. Apesar de não concordar com as conclusões, o exame do tema encontra-se bem apresentado e suscita o debate.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 63.

³⁶ ARAÚJO, Luís Eduardo Marrocos de. *A responsabilidade penal do Estado por condutas lesivas ao meio ambiente*. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, abril de 2005, p. 1.

³⁷ KREBS, Pedro. A (ir)responsabilidade penal dos entes públicos. In *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 772, fevereiro de 2000, p. 487.

³⁸ Neste sentido:

“RECURSO. Extraordinário. Provimento Parcial. Prisão Civil. Depositário infiel. Possibilidade. Alegações rejeitadas. Precedente do Pleno. Agravo regimental não provido. O Plenário da Corte assentou que, em razão do *status* supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel” (RE 404276 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-06 PP-01109 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 169-172).

³⁹ Apesar da clareza solar do texto, um dos integrantes do Pretório Excelso, cuja trajetória democrática e liberal o notabiliza, Ministro Marco Aurélio Mello, proferiu voto vogal, do qual se extrai a seguinte passagem:

“A meu ver – e peço licença para ir adiante –, a Lei n. 11.596/07 não apenas consagrou a nossa jurisprudência, mas inseriu, no inciso IV, mais um fator de interrupção, pouco importando sentença condenatória anterior. Basta que o acórdão, confirmando sentença, também – e por isso mesmo –, mostre-se condenatório. Passa a existir outro fator de interrupção. Houve uma opção político-legislativa ante a delinquência maior constatada na quadra vivida, tem-se nova interrupção, uma vez confirmada a sentença condenatória.

É esse o sentido que dou ao aditamento verificado, ao inciso IV, pela Lei n. 11.596/07, sob pena de concluirmos que se choveu no molhado ao inserir-se a disjuntiva ‘ou’ e a expressão ‘a acórdãos condenatórios’, porque a jurisprudência já era pacífica no sentido de entender que, absolutória a sentença, mas condenatório o acórdão, havia a interrupção”. HC 92340, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 18/03/2008, DJe-147 DIVULG 07-08-2008 PUBLIC 08-08-2008 EMENT VOL-02327-02 PP-00276 RTJ VOL-00205-03 PP-01352.

Com todas as vênias devidas, a bem do princípio da legalidade, é preferível a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 117, IV, DO CP. SENTENÇA OU ACÓRDÃO CONDENATÓRIOS. ART. 110, § 1º, DO CP. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MP OU IMPROVIMENTO DO SEU RECURSO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos do que dispõe o artigo 117, IV, do CP, com alteração dada pela Lei 11.596/07, interrompe o lapso prescricional a publicação da sentença condenatória ou do acórdão condenatório. O acórdão confirmatório da condenação, ainda que modifique a pena fixada, não é marco interruptivo da prescrição.

2. Não são cumulativos os requisitos previstos no artigo 110, parágrafo 1º, do Código Penal. Assim, quando já houver trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, a prescrição tem como parâmetro a pena fixada em concreto.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 710.552/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2009, DJe 01/02/2010).

⁴⁰ Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo (incluído pela Lei n. 11.705, de 2008).

Registre-se que, seja qual for o teste a que se refere o parágrafo único (de sangue, bafômetro, etc.), à luz do mencionado princípio,

poderá o agente simplesmente quedar-se inerte. No que concerne ao exame clínico, é, no mínimo, discutível afirmar que seria possível se estabelecer, de tal forma, a taxa de álcool de sangue, dadas as diversas maneiras de reação ao álcool nos diferentes organismos.

⁴¹ Buscando a raiz hermenêutica para a locução dignidade sexual na concepção de crimes contra a honra, conferir: NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra*

a dignidade sexual. Comentários à Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

⁴² PENAL – *HABEAS CORPUS* – ESTUPRO – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (...) CONTINUIDADE DELITIVA – RECONHECIMENTO – POSSIBILIDADE – (...)

(...)

II. É possível a continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, por tutelarem bens jurídicos pessoais da mesma espécie.

(...)

VIII. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. De ofício, concedida a ordem para afastar a aplicação retroativa da Lei 11.464/2007 e para decotar o aumento da pena pela agravante da reincidência.

(STJ, HC 99.810/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 19/12/2008)

HABEAS CORPUS. (...) CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, PRATICADOS DE FORMA INDEPENDENTE. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA.

(...)

2. A turma entendeu pelo reconhecimento de continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados de forma independente. Vencido, neste ponto, o Relator, que afirmava a configuração de concurso material. *Writ* parcialmente deferido (STF, HC 89827, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2007, DJe-004

DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00068 EMENT VOL-02273-02 PP-00394).

⁴³ HC 144.870/DF, Rel. Min. OG FERNANDES, j. 09/02/2010.

⁴⁴ Tamanha preocupação levou Alberto Silva Franco a propor uma ampla reforma, trazendo sistematicamente as leis penais especiais para a Parte Especial do Código Penal. Seria então modificado o art. 12 do mesmo Diploma, criando-se uma "reserva de código para efeito de obstar a volúpia legiferante e só autorizar a mudança de qualquer artigo do Código Penal mediante lei complementar que exige, para sua aprovação, maioria qualificada dos membros do Congresso Nacional" (op. cit., p. 110).