

# Os limites normativos da política criminal no âmbito da „ciência conjunta do direito penal”

(Algumas considerações críticas ao pensamento funcional de *Claus Roxin*)\*

Von Prof. Dr. **Fabio Roberto D’Avila**, Porto Alegre, (Pucrs), Brasilien

## I. Breves palavras sobre a projeção e a refração das novas relações sociais

Os inúmeros estudos sociológicos sobre as transformações sociais experienciadas nos últimos anos e a nova forma com que se manifestam as relações na sociedade contemporânea têm dado origem a quadros diversos, mediante enfoques ou pontos de interesse igualmente diferenciados. O nosso tempo não parece ter uma única feição, um único rosto, mas múltiplas feições, múltiplos rostos, que, todavia, não significa dizer serem eles estranhos entre si, ou incapazes de serem reconduzidos a uma única realidade, mesmo que pluriforme, caleidoscópica.<sup>1</sup>

Realidade que, dentre tantas características, deixa inequívoco o incremento da complexidade das relações sociais, inaugurando novos espaços de interesse jurídico-penal e pontos de alto nível de problematidade, nem sempre facilmente tratados pelos instrumentos até então desenvolvidos pela ciência do direito penal.<sup>2</sup> Em palavras

---

\* A versão final do presente escrito conta com o inestimável contributo dos reviewers da Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), razão pela qual importa agradecer, já em suas primeiras linhas, a valiosa e empenhada colaboração prestada pelos anonymous reviewers.

<sup>1</sup> Ver, v.g., *Gauer*, „As fronteiras entre certezas e incertezas do conhecimento“, in: Educação e história da cultura. Fronteiras, São Paulo: Editora Mackenzie, 2002; *Boaventura de Souza Santos*, Um discurso sobre as Ciências, 11. ed., Porto: Afrontamento, 1999; *Giorgi*, Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro, Porto Alegre: Fabris, 1998; *Damasio*, O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si, tradução de Laura Teixeira Motta e revisão técnica de Luiz Henrique Martins Castro, São Paulo: Companhia das Letras, 2000; *Beck*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986; e, do mesmo autor, „D’une théorie critique de la société vers la théorie d’une autocritique sociale“, *DevSoc*, 3 (1994); e „Teoría de la sociedad del riesgo“, in: Las consecuencias perversas de la modernidad, traduzido por Celso Sánchez Capdequí e revisado por Josexto Berian, Barcelona: Anthropos, 1996; *Giddens*, „Modernidad y autoidentidad“, in: Las consecuencias perversas de la modernidad, traduzido por Celso Sánchez Capdequí e revisado por Josexto Berian, Barcelona: Anthropos, 1996; *Silva Dias*, Proteção jurídico-penal de interesses dos consumidores, 2.ª ed., Coimbra: policopiado, 2000, p.8.

<sup>2</sup> Ver *Figueiredo Dias*, Direito penal. Parte geral, tomo 1, 1. ed. brasileira (2. portuguesa), São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Ed., 2007, p.133 ss.; *Borges*, „O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica“, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1 (2000), p.7 ss.; *Wohlens*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, p.29 ss. e 43 ss.; *Hassmer*,

muito breves, poderíamos simplesmente dizer que, ao aumento da complexidade, seguem novos problemas que, não raramente, denotam o esgotamento explicativo de critérios jurídicos tradicionais, demandando estudos que propiciem um já indispensável aprimoramento.

Essa constatação, que nada traz de novo à realidade européia, lugar comum para todos aqueles que se debruçam sobre os problemas da ciência jurídico-penal contemporânea,<sup>3</sup> apresenta-se, porém, nos países em desenvolvimento, de forma ainda mais saliente, onde o “novo” convive com a ausência de superação do “velho”, em que, nas palavras de Beck, o “medo” convive com a “fome”.<sup>4</sup> Lugar social no qual o conjunto de conflitos de diferentes ordens, dimensões e intensidades, somado a uma já longa ausência de medidas responsáveis por parte dos Estados, abre-se em um amplo laboratório social, no qual as relações pessoais e institucionais, catalisadas por elementos urbanos incomuns, tornam possíveis amplos espaços de tensão e assumem cores e contrastes invulgares. Ou, mais propriamente, onde os interesses políticos do Estado no combate à criminalidade, muitas vezes na forma de um lamentável “populismo punitivo”,<sup>5</sup> se mantêm em forte e contínua tensão com os direitos e as garantias fundamentais, acabando, não raramente, por prevalecer sobre esses, quer gerando pequenas violações a princípios e regras fundamentais, geralmente, percebidos e combatidos apenas em âmbito técnico, quer gerando atos de explícita e acintosa arbitrariedade.<sup>6</sup>

---

ZRP 10 (1992), 378; *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993, passim; *Herzog*, „Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo“, *RPen*, 4 (1999), p.56 s.; *Stella*, Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime, 2.ª ed., Milano: Giuffrè, 2002, p.3 ss.; *Munoz Conde*, „Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal“, *RPen*, 5 (2000), p.48 s.; *Silva Sanchez*, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2.ª ed., Madrid: Civitas, 2001, p.149 ss.; *Mendoza Buergo*, El derecho penal en la sociedad del riesgo, Madrid: Civitas, 2001, p.64 ss..

<sup>3</sup> Ver nota anterior.

<sup>4</sup> *Beck*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, p.66.

<sup>5</sup> Ver *Larrauri*, „Populismo punitivo y como resistirlo“, *Revista de Estudos Criminais*, 25 (2007), Porto Alegre, p.9 ss..

<sup>6</sup> A título ilustrativo, ver, no que tange ao Brasil, „Carta de Principios do Movimento Antiterror“, *Revista de Estudos Criminais*, 10 (2003), Porto Alegre, p.07 ss.; *Carvalho/Wunderlich*, „O suplício de Tântalo: a lei 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror“, in: Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo, org. por *Salo de Carvalho*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 383

Diante dessa complexa rede de relações, depara-se a ciência jurídico-penal em sua tarefa de zelar pelos direitos e garantias fundamentais, de zelar pelo equilíbrio e racionalidade na atuação reservada à sua intervenção. E a pergunta, inevitável pergunta que daí advém, perfaz-se em saber se essa crítica que compete às ciências penais é, ou ao menos deve ser, uma crítica de acento político-criminal. Se dado o particular momento de desenvolvimento das idéias penais na Europa continental, se dado o momento de evidente ascensão da política criminal no seio da “ciência conjunta do direito penal”, deve ser esse questionamento crítico, também ele, um questionamento que se faz primeiro e fundamentalmente em âmbito político-criminal.<sup>7</sup>

Dessa pergunta depreendem-se, por um lado, problemas de ordem prática, como aquele já oportunamente salientado por *Hassemer*, no que tange à pouca, ou nenhuma, penetração do discurso jurídico-científico germânico, no atual espaço de elaboração das leis penais,<sup>8</sup> espaço, por excelência, da política criminal. Por outro, a opção por uma orientação de tom político-criminal não se restringe apenas a demarcar o ponto de onde se deve tomar a “ciência conjunta do direito penal” (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*). Ela inaugura um verdadeiro horizonte compreensivo, no qual o direito penal é compreendido e reestruturado, de modo a respeitar o fundamento que se lhe atribui e o atendimento aos fins que lhe são estabelecidos. Vale dizer: inauguram-se novos pontos de partida e de chegada. Mas também, e fundamentalmente, a precisa conformação do direito penal que deverá cumprir esse percurso. Daí, pois, a premência teórica e prática da reflexão que aqui nos propomos.

## II. Sobre o papel da política criminal no âmbito da “ciência conjunta do direito penal” (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*). A política criminal oitocentista de *Franz von Liszt* e a concepção contemporânea de *Claus Roxin*

A questão da influência da política criminal sobre os conceitos jurídicos fundamentais do direito penal e, daí também, do papel da política criminal no seio da ciência conjunta do direito penal foi, já no final do século XIX, objeto não só de uma atenta reflexão por *Franz von Liszt*, mas de considerações que ainda hoje servem de referência para uma correta compreensão do tema. E, para tanto, para responder, adequadamente, tal questionamento, *Liszt* toma o cuidado de precisar, de antemão, o que se deve entender, no âmbito da ciência conjunta do direito penal, por política criminal, dogmática penal (direito penal normativo ou, ainda, simplesmente, direito penal) e sociologia criminal, interessando-nos, neste escrito, os dois primeiros conceitos.

ss.; e, sobre a realidade colombiana, *Acosta*, „El derecho penal garantista en retirada?”, *Revista de Estudos Criminais*, n.28 (2008), Porto Alegre, p.22 ss..

<sup>7</sup> Ver, por todos, *Figueiredo Dias*, *Direito Penal*, p.33 ss.; e *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol.1, 4. ed., p.227 ss..

<sup>8</sup> *Hassemer*, in: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausende. Rückbesinnung und Ausblick*, org. por *Eser/Hassemer/Burkhardt*, 2000, p. 41.

Por “direito penal” (*Strafrecht*), concebe *Liszt* “o conjunto das regras jurídicas através das quais a pena como consequência jurídica é unida ao crime como tipo legal”<sup>9</sup>, sendo a função da chamada ciência jurídico-penal “a reunião sistemática e o desenvolvimento destas regras jurídicas”. As normas jurídicas, afirma o autor, “são o seu objeto, e a lógica é o seu método”.<sup>10</sup> O que, por sua vez, e evidentemente, impediria a existência de uma oposição real com a sociologia jurídica. Essa, tomada como investigação científica das causas e conseqüências do crime, teria objeto e método diversos.<sup>11</sup>

Em contrapartida, a política criminal (*Kriminalpolitik*) surge na elaboração de *Liszt* como a “reunião ordenada de princípios (aqui no sentido de regras de razoabilidade), segundo os quais deve ser conduzida a luta da ordem jurídica contra o crime”<sup>12</sup>. Ou, ainda, de forma mais pormenorizada, “o conjunto sistemático de princípios baseados na investigação científica das causas do crime e conseqüências da pena, segundo os quais o Estado, por meio da pena e mecanismos a ela análogos [casas de correção, educacionais, etc.], deve conduzir a luta contra o crime”<sup>13</sup>. A política criminal origina-se, assim, da intenção de combater o crime e realiza essa tarefa apoiando-se na sociologia criminal. Não é possível combater o crime, sem antes ser ele conhecido como fenômeno submetido a determinadas leis. Mas o conhecimento científico é, para a política criminal, apenas meio para a obtenção do seu objetivo prático, nomeadamente a “luta contra o crime” (*Kampf gegen das Verbrechen*).<sup>14</sup> A partir de tais categorias, questiona *Liszt* a utilidade de mantermos o antiquado edifício de conceitos complicados a que chamamos de dogmática penal, no lugar de substituí-lo por uma nova construção de cunho político-criminal.<sup>15</sup> Se tivéssemos coragem, observa o autor, de substituir os códigos penais por um único artigo com o seguinte conteúdo: “todo

<sup>9</sup> *V. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. 2, 1905 (reimpr. por Walter de Gruyter, 1970) (publicação original de 1893), p.77. Esse mesmo conceito pode também ser encontrado na versão portuguesa do “Direito Penal Alemão”, de *Liszt* (*V. Liszt*. Tratado de direito penal alemão, Tomo I, trad. por José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, p.1), bem como em sua obra com Eberhard Schmidt (*V. Liszt/Schmidt*. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, vol. 1, 1932, p.1).

<sup>10</sup> *V. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze*, vol.2, p. 77.

<sup>11</sup> *V. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze*, vol.2, p. 78.

<sup>12</sup> *V. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze*, vol.2, p. 78.

<sup>13</sup> *V. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. 1, 1905 (reimp. por Walter de Gruyter, 1970) (publicação original de 1889-1892), p.292

<sup>14</sup> *V. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze*, vol.2, p. 79. Para uma conceituação mais atual de direito penal (normativo) e política criminal – que, todavia, em nada invalida o contraste que aqui se pretende – ver *Faria Costa*, *Noções fundamentais de direito penal*. *Fragmenta iuris poenalis*. Introdução, Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 68 ss., *Figueiredo Dias*, *Direito penal*, p. 27 ss..

<sup>15</sup> *V. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze*, vol.2, p.79 s.

homem que constitua um perigo público deve, no interesse da coletividade, ser inocuízado, pelo tempo que for necessário”. Então, teríamos, com um único golpe, posto por terra todo “um mar de livros de doutrina e manuais, de comentários e monografias, de controvérsias e decisões judiciais”. Os juristas, nas fortes palavras de *Liszt*, “teriam renunciado, para o bem do ‘higienizador social’”. Na ausência de toda a tralha da “criminalística clássica”, poderia ser tomada, no caso concreto, a decisão mais vantajosa à coletividade.<sup>16</sup>

Mas esse não é o caminho recomendado pelo autor. Para *Liszt*, por mais paradoxal que possa parecer, “o código penal é a magna carta do criminoso”. O seu objetivo não é proteger a ordem jurídica ou a coletividade, mas o indivíduo violador, concedendo o direito de ser punido, apenas e exclusivamente, dentro dos limites da lei e mediante o atendimento de seus pressupostos. E, aqui, exemplifica, valendo-se do princípio da legalidade. O *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* é o baluarte do cidadão diante do poder estatal, diante do poder da maioria, diante do Leviathan. O direito penal torna-se, nesse contexto, “o poder estatal delimitado juridicamente”. Ou, ainda, em uma de suas mais eloquentes assertivas: “o direito penal é a barreira intransponível da política criminal” (das *Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*).<sup>17</sup> E, com isso, apresenta *Liszt* o direito penal (dogmática penal) como espaço no qual se defende a liberdade individual contra os interesses da coletividade, no qual os interesses de persecução do Estado se vêem, necessariamente, limitados pelas garantias preestabelecidas pela lei penal.<sup>18</sup>

A essa forma de pensar, entretanto, opõe hoje *Claus Roxin* uma série de argumentos. Em seu célebre escrito, intitulado “Política criminal e sistema jurídico-penal”<sup>19</sup>, destaca o equívoco de tomar a política criminal e o direito penal a partir de uma relação de tensão, a partir de uma relação dicotômica, propondo, em seu lugar, uma compreensão que os reúna na forma de síntese, tal qual convivem hoje as noções de Estado de Direito e Estado Social.<sup>20</sup> Conclusão que é antecedida de duas críticas fundamentais ao trabalho de *Liszt*.

Ressalta, em um primeiro momento, que, muito embora o pensamento sistemático defendido por *Liszt* tenha o mérito de propiciar uma maior uniformidade e clareza na aplicação do direito, reduzindo o arbítrio judicial em prol de uma maior segurança jurídica, o “minucioso trabalho sistemático de nossa dogmática” não apresentaria proporção entre “os esforços investidos pelos estudiosos e suas conseqüências práticas”. O priorizar das idéias de “organização, igualdade e domínio sobre a matéria” torna as “discussões sobre o sistema ‘correto’” pouco produtivas.<sup>21</sup>

Em uma segunda crítica, afirma que as soluções claras e uniformes, como aquelas que propiciam um sistema no qual os questionamentos político-criminais não possuem espaço, não são, necessariamente, ajustadas ao caso. De que serviria, afinal, “a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável no sistema?”<sup>22</sup> Vale dizer: haveria aqui de se questionar sobre o eventual conflito entre a solução adequada ao sistema e aquela adequada aos olhos da política criminal. Concluindo, daí, que aceitar uma correção de cunho político-criminal das soluções dogmáticas ocasionaria ou um significativo abalo à pretensão de aplicação constante e não-arbitrária do direito, ou o reconhecimento de que a solução em termos valorativos (político-criminais) não afeta a segurança jurídica e o domínio sobre a matéria, colocando em questão, por decorrência lógica, a utilidade do pensamento sistemático.<sup>23</sup>

Contudo, no entender de *Roxin*, a solução para um tal impasse não se encontra em uma oposição ao pensamento sistemático, eis que o seu contributo à segurança jurídica em âmbito penal é irrenunciável; e sim na oposição a determinadas premissas que, equivocadamente, lhe dão sustento, especialmente, o positivismo jurídico. É o positivismo jurídico que, ao afastar da esfera do direito o social e o político, confere sustento à tensão entre direito penal e política criminal. Aqui, o cuidar do conteúdo social e dos fins do direito penal é tarefa que compete à política criminal, e ela, porém, está fora do âmbito jurídico, restrita aos espaços de lege ferenda e de execução penal.<sup>24</sup> Daí que a solução encontrada pelo autor não poderia se perfazer, senão em uma aproximação que se revela, ao fim e ao cabo, em uma verdadeira síntese entre direito penal e política criminal.

Nesse sentido, busca salientar que a tarefa da lei não mais se esgota na função garantística destacada por *Liszt*. E sim que, ao lado de tais exigências, “problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do crime”. Mesmo o princípio da legalidade possui, para além da função liberal de proteção, também a finalidade de “fornecer diretrizes comportamentais”, de modo a se apresentar como um importante instrumento de regulação social. O que, por sua vez, ocorreria nos mais variados campos da teoria do crime, como a legítima defesa, o erro em direito penal e a desistência na tentativa.<sup>25</sup>

Desse modo, entende *Roxin* que o caminho correto a ser tomado já começa a ganhar forma e não pode ser outro, exceto “deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal”, permitindo o surgimento de uma síntese em que as idéias de submissão ao direito e adequação a fins político-criminais, ao invés de entrarem em contradição, compõem uma unidade dialética,

<sup>16</sup> *V. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze*, vol.2, p.80.

<sup>17</sup> *V. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze*, vol.2, p.80.

<sup>18</sup> *V. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze*, vol.2, p.81.

<sup>19</sup> *Roxin*, *Política criminal e sistema penal*, trad. por Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>20</sup> *Roxin*, *Política criminal*, p.20.

<sup>21</sup> *Roxin*, *Política criminal*, p.5 s.

<sup>22</sup> *Roxin*, *Política criminal*, p. 7.

<sup>23</sup> *Roxin*, *Política criminal*, p. 9.

<sup>24</sup> *Roxin*, *Política criminal*, p. 10 ss.

<sup>25</sup> *Roxin*, *Política criminal*, p. 13 s.

semelhante, como já referido, ao que ocorre entre as noções de Estado de Direito e Estado Social.<sup>26</sup>

### III. Algumas linhas críticas ao pensamento funcional de Claus Roxin

É indiscutível a correção de *Roxin*, no sentido de que a grande questão do direito penal normativo não reside em acertos meramente conceituais, próprio de sistemas de feição acentuadamente positivistas (silógico-formais), mas em decisões de valor, orientadas por determinados princípios reitores. E, sobre isso, diga-se, já parece haver algum consenso. A dúvida está em saber se esses critérios, nos quais deve encontrar orientação a normatividade penal, são critérios exclusivamente político-criminais ou, ao menos, que encontram nesse âmbito a sua marca de maior expressão.

Não por casualidade é que *Stratenwerth* identifica nessa precisa interrogação o ponto de partida de sua breve, porém consistente, crítica à elaboração teórica de *Roxin*. Como bem observa, se temos por referência a idéia de política criminal como reação jurídico-penal voltada ao combate da criminalidade, é preciso concluir pela ausência de função especificamente político-criminal do princípio *nullum crimen*, o qual pode representar, muitas vezes, um verdadeiro estorvo na persecução de certos comportamentos.<sup>27</sup> Do mesmo modo, em que pese ser a ilicitude um espaço de decisão acerca de conflitos de valores, está longe de poderem ser esses reduzidos a interesses de natureza meramente político-criminal. E, no que tange à culpabilidade, salienta ainda *Stratenwerth* que também esse juízo muito dificilmente poderia ser encontrado mediante simples recurso às expectativas de prevenção, em razão da complexidade que envolve o tema. Para o autor, enfim, os critérios de valor de que se vale o direito penal não são, em sua maioria, aqueles da política criminal. A não ser que se queira recorrer a uma proposição geral, segundo a qual o valor “correto” seria sempre exigido também político-criminalmente.<sup>28</sup>

Essa é, de fato, a primeira dificuldade que se impõe para a correta compreensão das idéias de *Roxin* e também para a bondade de toda e qualquer crítica que contra ela se levante: a precisa delimitação daquilo que, em sua proposição teórica, se deve entender por política criminal. Daí não causar surpresa o fato de que, à primeira objeção levantada por *Stratenwerth*, isto é, sobre a função sistemática do princípio da legalidade, responda *Roxin* com o argumento de ser tal objeção nada mais que expressão da concepção dualista de *Liszt*, precisamente aquilo que ele pretende superar.<sup>29</sup>

Alega *Roxin* que a “tensão entre o interesse da persecução e o da liberdade, pelo contrário, é inerente ao conceito de política criminal”, que as “funções de motivação e garantia desempenhadas pelos tipos são dois lados da mesma

finalidade político-criminal”.<sup>30</sup> Para além disso, entende que a interpretação do tipo segundo o bem jurídico, o surgimento da ilicitude material e a noção de reprovabilidade no âmbito da culpabilidade – elementos que ascendem ao espaço teórico-sistemático, a partir do pensamento neokantista – consistem em valorações político-criminais.<sup>31</sup> E não só. O princípio de proteção da ordem jurídica – de que o direito não necessita ceder diante do injusto – encontra fundamento em premissas político-criminais.<sup>32</sup> Os conflitos de valor próprios do âmbito da ilicitude são também questões de política criminal, uma vez que acabam por traçar os limites entre o crime e a justificação.<sup>33</sup> A não-punição de fatos em que o agente é exposto a sério perigo, se dá apenas por critérios de política criminal, nomeadamente a falta de necessidade de prevenção, em razão da irrepetibilidade, e pela baixa culpabilidade.<sup>34</sup> E a teoria do erro e a desistência na tentativa são (devem ser) fundamentadas apenas pela teoria dos fins das penas.<sup>35</sup>

Ora, um tal conceito de política criminal que pretenda assumir tantos papéis só pode ser concebido se ultrapassar os estreitos limites daquele com o qual trabalha *Liszt*. Aqui, se bem vemos, a noção de política criminal ganha substancialmente em significação. Abre-se para os mais variados princípios reitores do direito penal, de modo não só a abranger seus opostos, como afirma expressamente *Roxin*, ao referir-se às noções de garantia e prevenção sob um *nullum crimen* político-criminal, mas de forma a encontrar nessa mesma dialética a completude de sua feição. Significa dizer, sem rodeios, que os princípios fundamentais de direito penal, que os critérios axiológicos reitores da dogmática penal são agora nada mais que política criminal. Daí, por certo, não se poder falar em conflito, já que todo e qualquer conflito seria antes um “conflito” político-criminal, próprio de sua dialética. Eis, pois, o alegado equívoco de *Stratenwerth*.

Se é bem verdade que essa forma de ver as coisas propiciou muitos ganhos em termos científicos e políticos, entre os quais a própria afirmação de um espaço político-criminal crítico, conquistando, não por outro motivo, seguidores por todo lado, não é menos verdade que também ela encontra algumas dificuldades, seja em termos de legitimação, seja em termos de adequação ou, mesmo, utilidade. Dificuldades, vale salientar, que, embora não restritas a um determinado espaço de discursividade jurídico-penal, não raramente, se fazem especialmente sensíveis a países em desenvolvimento, haja vista a ainda frágil situação dos direitos humanos.

#### III. 1. Equívoco metodológico

O primeiro ponto que pode ser levantado em oposição à proposta de *Roxin* consiste em um equívoco metodológico:

<sup>26</sup> *Roxin*, Política criminal, p. 20.

<sup>27</sup> *Stratenwerth*, „Buchbesprechungen – Roxin, Claus. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Heft 39, 1970“, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 4 (1972), p.196 s.

<sup>28</sup> *Stratenwerth*, „Buchbesprechungen“, p.197.

<sup>29</sup> *Roxin*, Política criminal, p.90.

<sup>30</sup> *Roxin*, Política criminal, p.90 s.

<sup>31</sup> *Roxin*, Política criminal, p.24 ss.

<sup>32</sup> *Roxin*, Política criminal, p.58.

<sup>33</sup> *Roxin*, Política criminal, p.91 s.

<sup>34</sup> *Roxin*, Política criminal, p.70.

<sup>35</sup> *Roxin*, Política criminal, p.72 ss.

acaba por afirmar exatamente aquilo que pretende corrigir. Como já salientado, a elaboração em análise levanta-se, manifestamente, contra sistemas teóricos puramente conceituais, vazios de orientação axiológica, que, ao término, resumem-se a um silogismo formalista. Pois é exatamente esse modelo de normatividade que pressupõe *Roxin* ao considerar indispensável a política criminal como espaço que dará forma, sentido e orientação à normatividade. Se os princípios reitores da dogmática penal, se os critérios axiológicos que lhe devem servir de base já não mais estão na normatividade, mas na política criminal, encontrando, daí, apenas e exclusivamente nela, a orientação axiológica capaz de lhe conduzir, de forma ajustada, aos parâmetros de um Estado democrático e social de Direito, o que então resta à normatividade? Ao seu espaço próprio, não sobram senão conceitos vazios de sentido, incapazes de encontrar qualquer aplicação que fuja ao indesejado silogismo formalista. Apenas uma compreensão de normatividade nesses termos dá sentido à sugerida síntese dialética com um conceito de política criminal dimensionado nos termos em que faz *Roxin*, vale dizer, apenas a exata compreensão de normatividade tida como e combatida por manifestamente inaceitável. Uma normatividade incapaz de encontrar, em si mesma, sentido, função e orientação axiológicos, suficientemente consistentes.

Ademais, se por um lado o sistema teleológico-funcional, quando comparado ao modelo de *Liszt*, apresenta-se claramente enriquecido em termos axiológicos, por outro, tal contraste já não é assim tão saliente, quando temos como referencial o modelo neoclássico de crime. À parte das críticas que contra essa orientação foram e são direcionadas, é indiscutível que marcam não só um valioso e irrenunciável enriquecimento axiológico, obtido por questionamentos próprios da normatividade, mas também a possibilidade de caminhos bastante diversos daqueles de inclinação funcionalista. Por certo que o problema do direito penal está centrado em juízos de valor. Contudo, longe disso está de significar que o único caminho para se ascender a esses juízos seja deslocando-os para um âmbito diverso ao da normatividade, e mediante a aplicação de critérios axiológicos igualmente estrangeiros ao espaço normativo.

### III. 2. Da excessiva amplitude do conceito de política criminal na resolução de problemas

A versatilidade que confere *Roxin* à noção de política criminal implica uma excessiva abertura e, portanto, também a perda do seu rigor conceitual como critério de orientação na resolução de casos, servindo, muitas vezes, de recurso meramente retórico.

O que se deve entender por “político-criminalmente correto” ou “político-criminalmente errado” depende, fundamentalmente, do critério de valor utilizado. Se, por um lado, está claro que se deseja, a partir dessa forma de ver as coisas, uma aproximação com os conteúdos sociais e os fins do direito penal, por outro, não fica suficientemente claro quais são os precisos critérios que irão permitir essa aproximação, bem como os fundamentos que os permitem

ascender a essa posição e os fazem únicos ou, ao menos, preferíveis a outros critérios.

Se a noção de bem jurídico, o surgimento da ilicitude material, a reprovabilidade, a excludente da ilicitude do estado de necessidade supralegal e o conceito de exigibilidade na teoria da culpabilidade são, todos eles, exemplos de “incorporações de valorações político-criminais”<sup>36</sup>, resta saber qual é o limite, se há algum, para o reconhecimento de um valor como critério político-criminal, em que está, enfim, o parâmetro para essa afirmação. O que, por certo, deve ser encontrado nos limites estritos da dimensão político-criminal e não em uma eventual referência à normatividade penal ou constitucional. Pois, se assim procedesse, não poderia nela reconhecer o vazio axiológico de que se vale para se erigir em diretriz axiológica.

### III. 3. A funcionalização do conceito de crime

Uma das conseqüências mais intensas da elaboração funcional de *Roxin* recai sobre a noção de culpabilidade. Afastando-se da conhecida formulação em termos de poder-agir-de-outro-modo, o autor propõe, em seu lugar, uma compreensão estabelecida na idéia de necessidade de aplicação da pena criminal.<sup>37</sup> Em seu entender, hipóteses como a coação moral irresistível ou o estado de necessidade exculpante, tradicionais causas de exclusão da culpabilidade, não dizem respeito à possibilidade de agir de outra maneira, eis que esta, mesmo em se tratando de casos extremos, ainda assim estaria presente. A não-punição encontraria fundamento, mais propriamente, em critérios de prevenção. Ou, de forma mais precisa, na sua excepcionalidade<sup>38</sup>, no fato da “irrepetibilidade de tais situações” tornar “desnecessária a prevenção, tanto geral como especial”.<sup>39</sup> O conceito de culpabilidade é, assim, substituído por uma noção mais ampla de “responsabilidade” (*Verantwortlichkeit*), estabelecida a partir do merecimento de pena pela prática de um fato típico e ilícito. Nas palavras de *Roxin*: “a responsabilidade surge, no âmbito das determinações da punibilidade, como a realização dogmática da teoria político-criminal dos fins da pena”.<sup>40</sup> Um tal modo de ver as coisas da culpabilidade está muito distante do nosso horizonte compreensivo, quer em seu fundamento geral, quer nas razões de admissão de seus critérios de exclusão. Não nos parece possível e tampouco saudável delimitar as vertentes axiológicas da culpabilidade ao superficial e restrito universo da prevenção geral e especial<sup>41</sup> ou mesmo falar em não-punição por

<sup>36</sup> *Roxin*, Política criminal, p.25.

<sup>37</sup> *Roxin*, Política criminal, p.31.

<sup>38</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. ed., 2006, vol.1, p.226 e 852.

<sup>39</sup> *Roxin*, Política criminal, p.70.

<sup>40</sup> *Roxin*, Strafrecht, p.226.

<sup>41</sup> Não por outra razão, podemos surpreender a responsável preocupação de *Figueiredo Dias* em delimitar a culpabilidade a determinados parâmetros axiológicos. Afirma, *hoc sensu*, que o conceito material subjacente à culpabilidade “não é funcionalmente determinado a partir de uma perspectiva sistêmico-social, mas exprime uma realidade axiológica (uma

irrepetibilidade dos fatos, quando, mesmo a sua hipotética reiteração, não convenceria em alterar a solução jurídico-penal do caso. Contudo, não é este o lugar para aprofundarmos questões dessa natureza. Mais vale aqui uma breve chamada de atenção para conseqüências ainda mais profundas de uma tal forma de pensar o direito penal.

Ora, se é bem verdade que o conceito de culpabilidade (ou reprovabilidade) é elemento fundamental e indispensável para o reconhecimento do crime, uma construção teórica que pretenda vincular a reprovabilidade à necessidade (preventiva) de pena acaba por condicionar o reconhecimento da existência do crime à sua conseqüência jurídica, o que é, aos nossos olhos, lógico e metodologicamente equivocado.<sup>42</sup> A vinculação de conseqüências jurídicas a um fato (criminoso) tem como pressuposto lógico o prévio reconhecimento da sua existência. Apenas quando se tem por certo a ocorrência de um crime é que se faz possível cogitar sobre a legitimidade e conveniência político-criminal de lhe atribuir uma determinada sanção, eis que, caso contrário, estaríamos por suprimir-lhe, de forma irremediável, a própria possibilidade de existência enquanto fenômeno, estaríamos por admitir uma noção de crime que deixa de ter conteúdo próprio para assumir, ele mesmo, um conteúdo funcionalizado: existe se atender à função que lhe é atribuída.<sup>43</sup>

### III. 4. Perda de nitidez na visualização do conflito exposto por *Liszt*

O desejo de estabelecer uma política criminal crítica, constitucionalmente orientada, parece-nos não só adequado, como tarefa inafastável em um Estado Democrático de

---

valoração ética) insuscetível de manipulação utilitarista” (*Figueiredo Dias*, Direito Penal, p.275). E, nesse mesmo sentido, de forma impressiva, sustenta *Costa Andrade* que a racionalidade funcional deve estar “inteiramente colonizada pela densidade axiológica da Wertrationalität”. Através do que pretende, inclusive, atender à exigência de *Liszt* acerca do direito penal como limite intransponível da política criminal (*Costa Andrade*, „A dignidade penal e a carência de tutela”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2 (1992), p.181 s.).

<sup>42</sup> Também assim, *Zaffaroni e Pierangeli* para quem “essa limitação do delito através da teoria a pena, inverte a colocação geral da questão: questionamos se há delito para saber se devemos aplicar a pena e não o contrário” (*Zaffaroni/Pierangeli*, Manual de direito penal brasileiro. Parte geral, 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.611).

<sup>43</sup> Algo que, como bem observa *Castanheira Neves*, já está presente na atitude do funcionalismo jurídico perante o direito, na sua pergunta básica: “o direito para que serve?”. Estamos, prossegue o autor, “perante uma assimetria em que a autonomia constitutiva do input é sacrificada à aptimização do output” (*Castanheira Neves*, „Entre o “legislador”, a „sociedade” e o „juiz” ou entre „sistema”, „função” e „problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, in: Boletim da Faculdade de Direito 74 (1998), Coimbra, p.26).

Direito. Todavia, a concessão de prevalência a esse espaço crítico, no âmbito da ciência conjunta do direito penal, de modo a recepcionar, inclusive, a tensão entre o interesse de persecução e a liberdade, acarreta um sensível esfumaçamento, uma sensível perda dos contornos de um conflito de indiscutível atualidade,<sup>44</sup> e que se apresenta de modo muito expressivo na concepção de *Liszt*, isto é, do constante conflito entre os interesses estatais de combate à criminalidade com os interesses de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Com isso, não queremos dizer que são interesses opostos, compreensão que, certamente, já não pode ter lugar nos quadros de um direito penal legítimo, uma vez que só na tutela de bens jurídico-penais, ou seja, em benefício de direitos e garantias fundamentais, é que o direito penal encontra hoje seu lugar de legitimidade. O que se deseja ressaltar é o fato de uma eventual e inevitável disfunção entre esses interesses, lugar comum principalmente em países em desenvolvimento,<sup>45</sup> em vez de ser recepcionada como conflito que toca, em primeiro lugar, a normatividade, como espaço de garantia, passa a ser traduzida como problema de adequação político-criminal, no qual se deverá verificar a propriedade jurídica, ou mesmo jurídico-constitucional, dos interesses político-criminais em questão. Termos em que, por evidência, perde-se em nitidez, quando em comparação à concepção lisztiniana.

### III. 5. Da perda de consistência dos princípios e regras penais de garantia em âmbito político-criminal

Essa nova dimensão que assume o conceito de política criminal nos dias de hoje, como centro de convergência de princípios (penais e constitucionais) e âmbito de decisão política informadora e conformadora do direito penal, para além de provocar uma desvalorização da dimensão normativa desses mesmos princípios e regras – acabando, como já mencionado, por tornar a dogmática exatamente aquilo que critica, é dizer, um espaço conceitual, silógico, vazio de conteúdo e direcionamento – termina por retirar demasiada consistência dos princípios e regras reitores da ordem jurídico-penal, pelo simples fato de recepcioná-los e trabalhá-los em um âmbito assumidamente político. Mas não só. Também por esses princípios e regras estarem não em um contexto político axiologicamente “neutro”, o que, por óbvio, pela natureza das coisas, sequer se poderia esperar de um ambiente político. Mas sim em um contexto político assumidamente marcado pelo atendimento a um bem determinado objetivo: o interesse de prevenção geral positiva.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> *Hassemer*, „Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal”, Revista de Estudos Criminais, 29 (2008), Porto Alegre, p.10 ss.; *Larrauri*, „Populismo punitivo”, p.9 ss..

<sup>45</sup> Ver, v.g., „Carta de principios do movimento antiterror”, p.07 ss.; *Carvalho/Wunderlich*, „O suplício de Tântalo”, p. 383 ss.; *Acosta*, „El derecho penal garantista en retirada?”, p.22 ss..

<sup>46</sup> Conquanto a existência de elaborações que, assumida e responsabilmente, demonstram preocupação em delimitar o sistema funcional à determinados parâmetros axiológicos,

Não se trata, portanto, de simplesmente conferir maior “flexibilidade” a princípios e regras, em função da sua tomada em um ambiente político, o que, por si só, e por razões evidentes, já não seria positivo, mormente em contextos jurídicos em que tais princípios ainda não se encontram suficientemente assimilados. O problema agrava-se consideravelmente quando essa flexibilidade se dá em um ambiente fortemente caracterizado pelo convívio desequilibrado de interesse, por uma predeterminação teleológica, em função de interesses de prevenção. Isso significa dizer que, muito embora seja a política criminal contemporânea um centro de convergência de princípios e regras reitores da discursividade penal, estes não são considerados em condições de razoável igualdade com os interesses que dão feição ao pensamento funcional.

Daí não causar admiração alguma, a usual derroga de princípios fundamentais ou mesmo regras de direito penal, em prol do bom atendimento de objetivos prevencionistas. Admitir que determinado princípio é o núcleo fundamental do ilícito criminal não significará dizer, por essa exata razão, que deverá ser mantido, quando em conflito com interesses de prevenção geral. Para tanto, basta considerarmos o posicionamento de *Mantovani* que, conquanto assevere o princípio di offensività<sup>47</sup> como baricentro de uma ordem

nomedamente no que diz respeito à culpabilidade (ver, por todos, os já mencionados trabalhos de *Figueiredo Dias*, *Direito Penal*, p.275, *Costa Andrade*, „A dignidade penal”, p.181 s.), longe está de ser injustificável, em um contexto funcional, o temor de uma tendencial sobreposição da chamada Zweckrationalität à Wertrationalität. A “racionalidade assumida pelo funcionalismo”, são palavras de *Castanheira Neves*, “é a que corresponde à „razão instrumental” (no sentido de Horkheim) ou, se quisermos, à Zweckrationalität”, aqui entendida a partir da dicotomia de Max Weber (*Castanheira Neves*, „Entre o legislador”, p.24). Daí merecer razão *Hassemer*, ao observar, no atual contexto político-criminal, a instrumentalização do direito penal em prol da eficácia e os riscos que corre o princípio fundamental da culpabilidade “em um sistema jurídico-penal que está preso ao efeito preventivo” (*Hassemer*, „Desenvolvimentos previsíveis”, p.12 s. e 15).

<sup>47</sup> Embora a noção jurídico-penal de ofensividade (offensività) não encontre reconhecimento apenas no direito penal italiano, seu espaço de maior expressão, mas também no direito penal português e brasileiro, enfrenta, bem observa Manes, grande dificuldade para a sua tradução ao alemão (*Manes*, „Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre”, *ZStW* 114 (2002), 722). Todavia, é possível identificar, também no espaço de discursividade penal germânico, elaborações que se aproximam da sua idéia central, nomeadamente os trabalhos de *Stöchelin*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p.55 ss. e 90 ss.; do mesmo autor, „Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter”, in: *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol.1, org. por *Lüderssen*, 1998, p.239 ss.; *Hohmann*, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, 1991, p.139 ss.; *Schenck*, *Pönalisierung*

penal garantista e democrática, além de princípio recepcionado constitucionalmente, admite o seu afastamento, para fins de política criminal.<sup>48</sup> E diferente não é no que tange a institutos de direito penal. Os crimes de perigo abstrato, v.g., são, para muitos, incompatíveis com “os princípios elementares de direito penal em um Estado de Direito”<sup>49</sup>. Incompatibilidade, entretanto, que simplesmente desaparece quando se tem, do outro lado, interesses de prevenção geral por atender.<sup>50</sup> E, por fim, para nos valer do que podemos chamar de um exemplo do superlativo em âmbito funcional, até mesmo o conceito de pessoa<sup>51</sup> e o modelo de Estado de Direito<sup>52</sup> passa a ser suscetível de “correção”, no momento em que começa a dificultar a obtenção dos fins políticos, preestabelecidos pelo Estado.

rung der Folter in Deutschland, 2008, p.133 ss. (diss. de doutorado). E algo semelhante pode também ser surpreendido na tradição anglo-saxônica, com o “princípio de dano ao outro” (Harm principle to others), o qual remete aos estudos de *John Stuart Mill* (*Mill*, *On Liberty and other essays*, org. por *John Gray*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1998, p.5 ss.; *Hirsch*, *Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“*, in: *Die Rechtsgutstheorie*, org. por *Hefendehl/Hirsch/Wohlens*, 2003, p.13 ss.; do mesmo autor, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin, 2005, p.69 ss.).

<sup>48</sup> *Mantovani*, „Il principio di offensività nello Schema di Delega Legislativa per un Nuovo Codice Penale”, *Riv. Ital. Dir. Proc. Penale*, n.2 (1997), p.323 ss.; *Diritto Penale. Parte generale*, 4.ed., Padova: Cedam, 2001, p.196; „Il principio di offensività tra dogmática e politica criminale”, in: *Il diritto penale alla svolta di fine milenio*, org. por *Stafano Canestrari*, Torino: Giappichelli, 1998, p. 251. De forma mais pormenorizada, ver o nosso „O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário”, in: *Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*, org. por *D’Avila/Sporleder de Souza*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.88 ss.

<sup>49</sup> Ver, por exemplo, *Schröder* „Die Gefährungsdelikte im Strafrecht”, *ZStW* 81 (1969), p. 15.

<sup>50</sup> *Schröder* „Die Gefährungsdelikte”, p.16.

<sup>51</sup> Ver *Jakobs*. „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)”, in: *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, org. por *Eser/Hassemer/Burkhardt*, 2000, p.53.

<sup>52</sup> Nesse sentido, paradigmática é a seguinte afirmação de *Jakobs*: “eu volto novamente à questão inicial: a guerra contra o terror pode ser conduzida com os meios de um direito penal do Estado de direito? Um Estado de direito que compreende tudo não poderia conduzir esta guerra, pois precisaria tratar o seu inimigo como pessoa, não lhe sendo permitido, por esta razão, considerá-lo uma fonte de perigo. Mas em um Estado de direito praticamente otimizado, isso se dá de forma diferente, trazendo-lhe a chance de não sucumbir ao ataque do seu inimigo” (*Jakobs*, „Terroristen als Personen im Recht?”, *ZStW*, 117 (2005), p.851).

Aliás, vale sempre salientar, em uma exacerbada compreensão funcional como a de *Günther Jakobs*, nada parece estar à margem de considerações em termos de utilidade e conveniência.<sup>53</sup> Se os objetivos tidos como relevantes pelo Estado, como o paradigmático caso do combate ao terror, entram em conflito com a manutenção de direitos e garantias fundamentais, colocando em xeque o êxito na obtenção de tais fins, não se leva a sério a possibilidade de existirem limites materiais intransponíveis à sua atuação. De existirem limites tão fortes que o “fracasso diante do seu inimigo” seja inevitável, em prol da manutenção dos valores ainda mais preciosos, valores que dão legitimidade não só ao seu agir, mas à própria existência do Estado de Direito. E que, nessa medida, ao perceber que mesmo o eficientismo mais acerbado encontra barreiras axiológicas inultrapassáveis, em nada teria de fracasso, mas de êxito. Êxito que se revela na impositiva revisão ou moderação dos seus objetivos políticos. Contudo, o seu necessário sensor crítico, vale dizer, a Constituição – eis que a esta esfera crítica nenhuma medida estatal pode escapar – acaba por esboçar, em âmbito político, linhas de garantia demasiadamente débeis.

### III. 6. O priorizar da dimensão político-criminal como inversão da correta ordem de enfrentamento crítico dos problemas penais

Parece-nos que o priorizar da dimensão político-criminal termina por inverter a correta ordem de enfrentamento dos problemas penais, suprimindo um momento prévio e fundamental de se pensar a prática penal: antes de discutirmos a bondade dos interesses político-criminais em questão, antes de perguntarmos pela adequação e utilidade político-criminal de determinadas medidas ou propostas, é preciso interrogar acerca da sua possibilidade jurídico-penal e jurídico-constitucional já como pergunta.<sup>54</sup>

Isso significa dizer que, em um Estado Democrático de Direito, a delimitação do espaço de legitimidade propiciado pela análise normativa deve, necessariamente, preceder a reflexão em termos de adequação e utilidade por parte da política criminal. Porquanto para se perfazer como interrogação política, como pergunta de adequação e utilidade, como querer político, é ela sempre interrogação que deve se fazer, primeiramente, jurídica, como uma pergunta de possibilidade e legitimidade, como poder jurídico que se abre ao político.<sup>55</sup>

E, se assim é, podemos facilmente perceber que eventuais pontos de tensão entre os interesses preventivos e a guarda de direitos fundamentais deverá atender a uma lógica bastante diversa daquela percebida em teorizações funcionais. Não a lógica do bom ou ideal em termos administrativos, mas a do possível em termos de legitimidade. É dizer: não importa o peso do interesse estatal a ser buscado, seja ele a simples otimização econômico-administrativa, seja o combate ao terror. Todo e qualquer interesse só poderá ser perseguido se estiver de acordo com e nos limites da legitimidade da normatividade penal e constitucional.

Logo, para nos valermos de exemplos anteriormente referidos, só será possível questionar os benefícios político-criminais de uma derroga da exigência de ofensividade no ilícito penal secundário, se isso for normativamente legítimo. E diferente não é no que tange a crimes de perigo abstrato entendidos como mera presunção de perigo, a normas penais recepcionadas como sanções meramente pedagógicas, e, por fim, à existência da idéia de uma não-pessoa, nos quadros de um Estado que se quer plural, democrático, tolerante e constitucionalmente orientado. Questões que, se percebidas no horizonte compreensivo em que ora trabalhamos, irão encontrar respostas bastante diversas das normalmente suscitadas em ambientes funcionais. Capazes, inclusive, de exigir, quando necessário, a absoluta contenção das medidas de intervenção estatal.

### IV. Por uma normatividade penal crítica. Sobre a revalorização do direito penal normativo no seio da ciência conjunta do direito penal

Uma vez aqui chegado, acreditamos já reunir elementos suficientes para poder responder, com alguma consistência, à nossa interrogação inicial: Não, o enfrentamento crítico primeiro dos novos problemas penais não deve se dar na dimensão político-criminal, mas em uma dimensão normativa revista.

A ausência de orientação axiológica ou, ao menos, uma maior reticência a ela, está presente, é bem verdade, em algumas formas de pensar o direito penal normativo e marcou época no modo de inteligir do conquanto ultrapassado, ainda não superado normativismo legalista.<sup>56</sup> O que, aliás, não é de surpreender, pois “na história cultural”, são palavras de *Castanheira Neves*, “as sobrevivências são um fenômeno conhecido e há mortos que morrem devagar”.<sup>57</sup> Porém, ainda que verdade, longe está isso de significar, e a própria história

<sup>53</sup> Para uma crítica ao “direito penal do inimigo” de *Jakobs*, ver, por todos, *Ambos*, *El derecho penal frente a amenazas extremas*, Madrid: Ed. Dykinson, 2007, p.79 ss.

<sup>54</sup> Aliás, é esse, ao nosso entender, o único caminho adequado para se construir uma dogmática penal crítica, não servil à política criminal, como quer *Muñoz Conde* (*Munoz Conde*, „La relación entre sistema de derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada”, *Revista de Estudos Criminais*, 27 (2007), Porto Alegre, p.34).

<sup>55</sup> Sobre a questão, ver o nosso „O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política

criminal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.64 (2007), p.91 s.

<sup>56</sup> Para uma síntese, ver *Castanheira Neves*, *Entre o „legislador”*, p.15 ss. e 19 ss..

<sup>57</sup> *Castanheira Neves*, *Entre o “legislador”*, p. 22. Como bem observa o autor, ainda não se pode falar de uma total superação do normativismo legalista, bem como não se pode ignorar as suas tentativas de recuperação pelo liberalismo radical, pelo pensamento jurídico analítico e, em alguns pontos, pelo funcionalismo sistêmico (*Casthanheira Neves*, *Entre o “legislador”*, p.15).



do direito penal não deixa aqui margem a dúvidas,<sup>58</sup> que deva ser essa ausência imperfeição inerente à idéia de normatividade.

A ciência normativa do direito penal, *rectius*, dogmática penal a que nos referimos não é, certamente, aquela restrita a um espaço silógico-conceitual. A sua reafirmação no âmbito da ciência conjunta do direito penal pressupõe uma dogmática penal revista, uma ciência normativa que, ao aproximar-se da Constituição,<sup>59</sup> ressurgiu como lugar, por excelência, de convergência de direitos e garantias fundamentais. Como espaço de princípios e regras que não só fazem parte dessa normatividade, como conferem os elementos da sua identidade. Princípios e regras dos quais dependem a própria existência e continuidade de um direito penal que se quer científico e democrático.

E não se diga, adiantemo-nos, que esses princípios e regras de orientação axiológica a que ora referimos são, em verdade, critérios de política criminal, e que, portanto, orientar-se por eles seria orientar-se político-criminalmente. Pensar assim traduziria a mais clara incompreensão de tudo aquilo que aqui, em essência, se expõe.

Se tomarmos a normatividade a partir da natureza de seus dispositivos, atribuindo à política criminal tudo que se revestir de critérios de valor reitores do direito penal, como o *nullum crimen sine lege*, o *nullum crimen sine culpa*, o *nullum crimen sine iniuria*, critérios gerais de exclusão da ilicitude e culpabilidade, entre outros, restaria ao direito penal normativo muito pouco da parte geral. Contudo, não nos parece que a permanência desses critérios reitores entre aquilo que deva ser considerado ciência normativa do direito

penal possa, no atual estágio das ciências penais, ser colocada em questão. O fato é que, independentemente da sua natureza, esses critérios, ao longo da história do direito penal, concretizaram-se em normas penais e constitucionais, ganhando significativamente em densidade e força. São elas, hoje, princípios e regras constituintes da ordem dogmático-penal e constitucional.<sup>60</sup> E não só. São, em realidade, normas que, na posição de sua irrenunciável e insubstituível ratio de validade, conformam o próprio núcleo reitor de todo o direito penal normativo, o eixo que une a ciência normativa do direito penal, dando-lhe forma, fundamento e sentido.<sup>61</sup>

Um tal modo de pensar o direito penal normativo lança, por certo, raízes mais profundas e pode ser surpreendido em diferentes dimensões da juridicidade. Movimentando-se, assumidamente, entre os extremos do vazio formal do normativismo positivista e o exacerbado instrumentalismo, não raramente circular, de elaborações funcionalistas, encontra, por um lado, harmonia com o jurisprudencialismo de *Castanheira Neves*, em um modelo de “reafirmação ou mesmo recuperação do sentido da prática jurídica como iurisprudência: axiológico-normativa nos fundamentos, prático-normativa na intencionalidade, judicativa no *modus metodológico*”.<sup>62</sup> Modelo esse que, partindo da afirmação do homem-pessoa como ser comunitário e eticamente responsável, expressa-se normativamente na exigência de fundamento, como argumentum de validade, aqui entendida na “manifestação de um sentido normativo (de um valor ou princípio) transindividual”. E que, portanto, permitirá concluir que o direito só se tem verdadeiramente “com a instituição de uma validade e não como mero instrumento social de racionalização e satisfação de interesses ou de objectivos político-sociais”. Vale dizer, na expressividade de uma única frase: “à pura racionalidade opõe-se a axiologia e à eficiência a validade”.<sup>63</sup>

Isso, por um lado. Por outro, essa forma de pensar não deixa também de encontrar raízes em uma compreensão onto-antropológica do direito penal, propugnada por *Faria Costa*.<sup>64</sup> De forma breve: no reconhecimento de uma teia de

<sup>58</sup> O próprio sistema neoclássico, forte nas elaborações de *Mezger*, na Alemanha (*Mezger*, *Strafrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1949), e *Eduardo Correia*, em Portugal (*Correia*, *Direito Criminal*, vol. 1, com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Almedina, 1999, reimpressão), é disso razão suficiente.

<sup>59</sup> Perspectiva essa que, segundo *Hassemer*, representa algo não usual na Alemanha e que, inclusive, seria útil saber mais acerca desse silêncio (*Hassemer*, „Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?”, in: *Die Rechtsgutstheorie*, org. por *Hefendehll/Hirsch/Wohlers*, 2003, p.58 e nota 03). Muito embora, é claro, não se desconheça a existência de reconhecidas contribuições, nomeadamente *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, 1996; do mesmo autor, „Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik“, in: *Die Rechtsgutstheorie*, org. por *Hefendehll/Hirsch/Wohlers*, 2003, p. 83 ss.; *Stächelin*, *Strafgesetzbuch*, passim; *Appel*, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998. Na literatura brasileira, ver, por todos, *Feldens*, *Direitos fundamentais e direito penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; e, do mesmo autor, *A Constituição penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>60</sup> “Princípios” e “regras” que são aqui referidos no sentido que lhes é atribuído por *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, p.71 ss. e *Canotilho*, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2002, p.1144 s. e 1239.

<sup>61</sup> Não por outra razão, é impensável uma ciência penal despida de elementos axiológicos e políticos. Com razão, pois, *Muñoz Conde*, ao afirmar que “uma dogmática penal completamente neutra do ponto de vista político e valorativo não pode existir” (*Muñoz Conde*, „La relación entre sistema de derecho penal y política criminal“, p.38).

<sup>62</sup> *Castanheira Neves*, Entre o “legislador”, p.32.

<sup>63</sup> *Castanheira Neves*, Entre o “legislador”, p.32 ss.

<sup>64</sup> Ver *Faria Costa*, *O perigo em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, passim; e do mesmo autor, „Uma ponte entre o direito penal e a filosofia: lugar de encontro sobre o sentido da pena”, in: *Linhas de direito penal e de filosofia*, Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p.205 ss.; e „Ilícito

cuidados recíprocos que estrutura o ser comunitário e cuja ressonância em âmbito normativo-dogmático resulta, em assumida oposição a elaborações funcionalistas e consequencialistas, no reposicionamento do ilícito (Unrecht) para o centro da proposição normativa e do debate penalístico acerca da validade das leis penais. Modo de inteligir que, sem rodeios, deixa a descoberto o fundamento do direito penal na “primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado-de-perigo”.<sup>65</sup>

Contudo, como acima já se insinuou, mesmo sem o aprofundar de tais teorizações, já em uma dimensão bem mais próxima, já na simples e profícua aproximação das ordens normativo-penal e constitucional, é bem possível supreender e compreender as linhas gerais daquilo que aqui se pretende. E, para tanto, suficiente nos parece ser a já supra referida experiência jurídico-penal italiana, com o reconhecimento do denominado principio di offensività<sup>66</sup> não apenas como expressão político-ideológica do Estado,<sup>67</sup> mas também como critério material de validade, normativamente recepcionado tanto em âmbito penal,<sup>68</sup> como constitucional,<sup>69</sup>

---

típico, resultado e hermenêutica. Ou o retorno à limpidez do essencial”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1 (2002), p. 7 ss..

<sup>65</sup> Ver *Faria Costa*, Noções fundamentais, p.20.

<sup>66</sup> Ver, por último, *Manes*, Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza, Torino: Giappichelli, 2005. E, do mesmo autor, „Der Beitrag“, p.720 ss.. Ver, também, nota 47.

<sup>67</sup> Expressão político-ideológica de um Estado, nas palavras de *Marinucci e Dolcini*, “pluralista, laico, inspirado em valores de tolerância, no qual todo o poder estadual emana do povo soberano, que reconhece no homem o valor da dignidade e um núcleo de direitos invioláveis” (*Marinucci/Dolcini*, Corso di Diritto Penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica, vol.1, 3.ª ed., Milano: Giuffrè, 2001, p.452).

<sup>68</sup> Ver *Bricola*, „Teoria generale del reato”, in: Scritti di Diritto Penale, vol.1, Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio, tomo 1, org. por *Canestrari/Melchionda*, Milano: Giuffrè, 1997, p.741 ss.; *Fiore*, „Il principio di offensività”, *Indice pen.*, (1994), p.277; *Mantovani*, *Diritto Penale. Parte generale*, 4. ed., Padova: Cedam, 2001, p.202 ss.; *Vassalli*, „Considerazioni sul principio di offensività”, in: Scritti in memoria di Ugo Pioletti, Milano: Giuffrè, 1982, p.657. De forma crítica, *Nuvolone*, „Recens. a G. Neppi Modona, Il reato impossibile”, *Indice Pen.*, 1967, p.47; *Stella*, „La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo”, *RIDirPP*, 1973, p.3 ss.; *Pagliari*, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 7.ª ed., Milano: Giuffrè, 2000, p.415 ss.; *Padovani*, *Diritto Penale*, 5.º ed., Milano: Giuffrè, 1999, p.180 ss.

<sup>69</sup> *Marinucci/Dolcini*, „Constituição e escolha dos bens jurídicos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2 (1994), p.151 ss.; ver ainda, dos mesmos autores, *Corso di Diritto Penale*, p.449 ss.; e *Diritto penale. Parte generale*, Milano: Giuffrè, 2002, p.7 s.; *Bricola*, „Teoria generale del reato”,

presente, inclusive, e de forma expressa, nos movimentos de reforma legislativa, nomeadamente no Schema di delega legislativa da Commissione Pagliaro e no Progetto preliminare da Commissione Grosso.<sup>70</sup> Critério esse que, assim entendido, uma vez tomado nas razões que aqui se ensaiam, ganha expressivamente em força e significação, erigindo-se como limite material intransponível (e não excepcionável, sublinhe-se) às pretensões estatais de acento político-criminal, por mais consistentes e legítimas que essas possam vir a ser.

Não obstante, reafirmar a normatividade penal não significa, por outro lado, logicamente, sobrepor o direito penal normativo à política criminal, fazendo surgir um tempo de absoluta hegemonia da normatividade. Seria, mais uma vez, confundir os referidos planos. Temos para nós que o direito penal e a política criminal não são dimensões que devam guardar necessária identidade quanto a fins e fundamentos. E, não bastasse isso, seus respectivos objetos estão longe de encontrar correspondência. O espaço de atuação da política criminal é infinitamente maior do que aquele a que está adstrito o direito penal. Daí não se poder falar, em absoluto, de uma real e efetiva hegemonia no seio da ciência conjunta do direito penal.<sup>71</sup>

---

p.772 ss.; *Gallo*, „I reati de pericolo”, *Foro pen.*, 1969, p.8 s.; *Mantovani*, *Diritto penale*, p.195 ss.; *Fiandaca/Musco*, *Diritto penale. Parte generale*, 3. ed., Bologna: Zanichelli, 2000, p.16 ss.; *Fiorella*, „Reato in generale”, in: *Enciclopedia del diritto*, vol.XXXVIII, Milano: Giuffrè, 1987, p.793 ss.; *Fiore*, „Il principio di offensività”, p.278 s.; do mesmo autor, *Diritto Penale. Parte generale*, vol.I, *Introduzione allo studio del diritto penale. La legge penale. Il reato*, Torino: Utet, 1999 (ristampa), p.288; *Ramacci*, *Corso di diritto penale*, 2.ª ed., Torino: Giappichelli, 2001, p.37 s.; *Riz*, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, 2.ª ed., Padova: Cedam, 2000, p.82 ss.; *Cadoppi/Veneziani*, *Elementi di diritto penale. Parte generali*, Padova: Cedam, 2002, p.84.

<sup>70</sup> Ver „Schema di delega legislativa per l’emanazione di un nuovo codice penale” (Commissione Pagliaro), *Indice pen.*, 1992, p.579 ss.; „Progetto preliminare di riforma del codice penale” (Commissione Grosso), *RIDirPP*, 2001, p.577; *Pagliari*, „Verso un nuovo codice penale? Itinerari – problemi – prospettive”, *RIDirPP*, 1992, p.15 ss.; do mesmo autor, „Lo schema di legge delega per la riforma: metodo di lavoro e principi ispiratori”, *Prospettive di riforma del codice penale e valore costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1996, p.40; *Angioni*, „Il principio di offensività”, in: *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano: Giuffrè, 1996, p.113; *Palazzo*, „Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricodificazione”, in: *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano: Giuffrè, 1996, p.76 ss..

<sup>71</sup> Também assim *Faria Costa*, para quem não é possível atribuir primazia no âmbito da Gesamtstrafrechtswissenschaft: “na justa medida em que nela participam três “corpos” – o direito penal, a política criminal e a criminologia – com a sua autonomia científica e princípios próprios, cujos planos de valoração se inserem em patamares distintos (*Faria Costa*, *Noções fundamentais*, p.80).

O que pretendemos com a proposta de valorização da normatividade é muito mais uma idéia de preferência ou de prevalência do direito penal, tão só quando confrontado com interesses de política criminal – e portanto não, nos termos já aclarados, como ciência hegemônica no âmbito da “ciência conjunta do direito penal” (die gesamte Strafrechtswissenschaft). Em outras palavras, quando se tratar da utilização do direito penal pela política criminal – haja vista, reitere-se, que entre essas disciplinas não há perfeita coincidência de objetos –, o espaço de atuação da política criminal deve ser sempre o espaço de atuação legítima previamente estabelecido pela normatividade penal e constitucional: ao direito penal constitucionalmente orientado compete estabelecer o quadro de legitimidade no qual se movimentará uma posterior crítica de cunho político-criminal.

Uma forma de pensar que, como já facilmente se percebe, em termos práticos, se movimentará de forma crítica não apenas no espaço de criação e reforma das leis penais (jure condendo), mas, e principalmente, no espaço hermenêutico-aplicativo (jure condito), em que o magistrado surge como elemento fundamental no reconhecimento e concretização desses direitos. Indispensável mediação judicativa que, como bem nos fala *Castanheira Neves*, torna possível a realização da “validade dogmática determinada” diante da “concreta problematização praxística nos casos decididos”<sup>72</sup>.

E, nesse preciso horizonte, as coisas do direito penal encontram uma outra acomodação. Temos aqui, de um lado, um claro reposicionamento do centro propositivo da crítica científica para o âmbito da normatividade penal e constitucional, do qual decorre, de imediato, um significativo fortalecimento da crítica acadêmica.<sup>73</sup> De outro, a revalorização da ciência normativa do direito penal no âmbito da “ciência conjunta do direito penal”. Mas de uma ciência normativa revista que se afasta de compreensões formalistas, marcadas pelo priorizar da forma em detrimento do conteúdo,<sup>74</sup> e se encontra em uma normatividade penal

constitucionalmente orientada, atenta a elementos de legitimidade formal e material, e cujo conhecimento – na feliz expressão de *Duttge* – deva servir à vida.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> *Casatanheira Neves*, Entre o “legislador”, p.37.

<sup>73</sup> O que, em certa medida, atenderia a correta crítica inicial de *Hassemer* (*Hassemer*, „Das Selbstverständnis”, p.41).

<sup>74</sup> Compreensão que nos afasta, dicotomicamente, de elaborações formalistas, como é, dentre outras, a proposta de *Lesch*, em que ilícito identifica-se, sem mais, com a mera violação de dever (*Lesch*, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, München: Carl Heymanns, 1999, p. 204; para uma análise crítica da obra de *Lesch*, ver *Silva Dias*, „O retorno ao sincretismo dogmático: Uma recensão a Heiko Lesch, *der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision*, Ed. Carl Heymanns, Köln-München, 1999”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 11 (2001), p. 323 ss.), ou mesmo a de *Koriath*, a qual propõe, ao tratar da dicotomia entre ilicitude formal e ilicitude material, que “do mesmo modo como o geômetra deve investigar não o material da sua figura, mas apenas a sua forma, deve o jurista colocar, em primeiro plano, o estudo das relações formais”

---

(*Koriath*, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p.312).

<sup>75</sup> Como bem salienta *Duttge*, em crítica à dogmática tradicional no âmbito dos crimes culposos, se queremos um direito penal que sirva à vida, não podemos nos satisfazer com construções puramente normativistas, com simples cascas conceituais (*Duttge*, „Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit. Erwiderung auf Rolf D. Herzberg GA 2001, 568”, *GA*, 2003, p. 462).