

1. INTRODUÇÃO

A punibilidade não figura entre os temas mais estudados pela doutrina, nacional ou estrangeira. Não obstante, os estudos mais profundos acerca do assunto revelam várias divergências acerca da categoria mencionada. De fato, as polêmicas remetem ao próprio termo “punibilidade”, na medida em que, se a pena é o elemento que diferenciaria o delito dos demais ilícitos, questiona-se como poderia haver um delito sem pena.

Nesse sentido, o presente trabalho, em um primeiro momento, revisita discussões clássicas acerca do conceito de punibilidade. Dessa forma, será possível delimitar o conceito de punibilidade e esclarecer em que sentido se usa o termo. Com efeito, a discussão trazida pelo presente artigo, como se verá, trata da punibilidade como condições para a aplicação efetiva de uma sanção criminal. Feitos os devidos esclarecimentos, será possível investigar como a categoria da punibilidade traz uma abertura para juízos político-criminais de natureza utilitária ao âmbito da aplicação da pena.

Nesse sentido, este trabalho abordará o estado da discussão da posição sistemática, do fundamento e dos elementos constitutivos da categoria da punibilidade. Todos estes temas, em maior ou menor medida, serão analisados, como propõe a doutrina mais recente, à luz do princípio da subsidiariedade, na medida em que este princípio permite a integração de juízos utilitários, orientando político-criminal a punibilidade. Por fim, a título de ilustração, discutir-se-á como eventuais contradições axiológicas envolvendo o instituto da delação premiada podem ser ao menos mitigadas ao se analisar a problemática sob a ótica de uma punibilidade político-criminalmente orientada.

2. O CONCEITO DE PUNIBILIDADE

A punibilidade é um tema relativamente pouco estudado pela doutrina nacional. Esta é uma das razões pelas quais ainda existem tantos questionamentos sobre seu conceito, seu fundamento, seus elementos constitutivos etc. (BITTAR, 2015). Segundo um já tradicional setor doutrinário, a chave para a compreensão do conceito de punibilidade está em sua remissão a uma categoria da teoria geral do direito, a saber: o fato jurídico (COBO DEL ROSAL, 1981). Mais precisamente, a compreensão do conceito de punibilidade passa pela discussão acerca da

possibilidade de separação entre preceito e sanção¹. Com efeito, deve-se investigar se: (I) é admissível a possibilidade de separação entre preceito e sanção, o que implicaria, conseqüentemente, a aceitação de que a punibilidade, dada sua autonomia, é perfeitamente destacável do delito; ou (II) é forçoso o reconhecimento da impossibilidade de separação entre preceito e sanção, o que teria como consequência a impossibilidade lógica de compreender a punibilidade separada do delito, isto é, da norma que proscree uma conduta.

Nesse sentido, fundamental a lição de Petrocelli, segundo o qual há dois sentidos para o termo “punibilidade” (PETROCELLI, 1960; ZAFFARONI, 1988; RODRÍGUEZ COLLAO, 1995). Efetivamente, o autor procura demonstrar que a indissociabilidade entre preceito e sanção é confirmada pelo conceito de fato jurídico. O fato jurídico seria o antecedente lógico da relação entre prescrição e sanção, visto que uma ocorrência no mundo físico somente será compreendida como fato jurídico se houver previsão de consequência jurídica para sua existência (PETROCELLI, 1960). Compreende-se, assim, por analogia, o delito como um fato jurídico, em face da previsão de consequência jurídica: a pena. Conseqüentemente, diante da impossibilidade lógica de se conceber um fato jurídico sem consequência jurídica, não seria também concebível um fato jurídico ilícito sem sanção, o que, em termos penais, significa: não pode haver ilícito penal ao qual não se comine uma pena, ou, em termos mais sintéticos, não há delito sem punibilidade (PETROCELLI, 1960)².

Todavia, há uma série de previsões normativas que estabelecem hipóteses de não punição de condutas delitivas. Ilustrativamente, pode-se mencionar a isenção de pena para os casos de furtos cometidos entre cônjuges ou ascendentes e descendentes, prevista no artigo 181 do Código Penal. Tais hipóteses levantam questionamentos acerca da suficiência do delito para a punição do comportamento. Ademais, parece colocar em xeque a suposta indissociabilidade entre prescrição e sanção, afinal, haveria situações em que um delito não seria punível. Petrocelli esclarece que a resposta para todos estes questionamentos encontra-se na constatação de que há dois sentidos para o termo “punibilidade”: a punibilidade compreendida em seu momento normativo e a punibilidade compreendida em seu momento aplicativo (PETROCELLI, 1960).

¹ Acerca da relação preceito (comando) e sanção, ver: KELSEN, 1986.

² Ademais, é importante salientar que há entendimentos já bastante antigos no sentido de que é precisamente a previsão de uma pena o que distingue o ilícito penal de um ilícito não penal. Nesse sentido, ver: ROCCO, 1913; HUNGRIA, 1955; KUNTER, 1952. A propósito do aspecto político da opção pela criminalização de condutas, ver: BATISTA, 2011; SILVA SÁNCHEZ, 2001; HUSAK, 2008.

Petrocelli entende ser possível estudar o delito em dois planos, o abstrato e o concreto. Dessa forma, ilustra o autor, a tipicidade deve ser estudada no plano abstrato, tendo em vista que faz referência à construção normativa como tipo; já a conformidade ao tipo é matéria a se estudar no plano concreto, visto que aqui se faz referência à correspondência entre um fato (concreto) e sua previsão normativa (abstrata). No plano abstrato, portanto, não se pode conceber um delito sem todos os seus elementos constitutivos. Não faria sentido, segue o autor, indagar, no plano abstrato, acerca da possibilidade de um delito típico, mas não antijurídico. Por outro lado, no plano concreto, isto é, na operação de comparação de um fato determinado (concreto, existente na natureza) com os elementos da figura abstrata (normativamente estabelecida), pode-se verificar a presença de todos ou a ausência de elementos constitutivos do delito (PETROCELLI, 1965).

A indissociabilidade entre prescrição (tipificação de uma conduta) e sanção (cominação de pena) tem uma essência lógica, razão pela qual não se concebe, abstratamente, um delito sem punibilidade. Dessa forma, a punibilidade, compreendida em seu momento normativo, faz referência ao momento do delito como esquema abstrato delineado pela lei; por outro lado, a punibilidade, entendida em seu sentido aplicativo, faz referência ao momento do fato verificado na realidade (PETROCELLI, 1960).

A distinção proposta por Petrocelli explica a razão pela qual a consequência jurídica da pena pode não se verificar, em um caso concreto, em vista da presença de determinadas circunstâncias, o que não altera em nada a previsão de sanção penal. Em outras palavras, diante de uma conduta criminosa, a punibilidade pode não ocorrer como consequência efetiva, mas não como consequência prevista, pois, não havendo previsão de pena, não se trataria de delito (PETROCELLI, 1960). O ordenamento jurídico pode estabelecer hipóteses em que se suprima a efetividade da pena após a verificação de um delito. Petrocelli cita como exemplo dessas hipóteses as diversas previsões de perdão ao ofensor. A natureza do delito não seria, segundo o autor, alterada em nada pelo fato de não se seguir a efetivação da pena. A punibilidade, em seu momento aplicativo, pode depender da vontade do legislador, tornando-se, portanto, político-criminalmente dependente. Não obstante, abstratamente, o ilícito penal não é concebível na hipótese em que a norma exclua ou não preveja sanção (PETROCELLI, 1960). A separação proposta entre os dois momentos da punibilidade é essencial para compreender como sua vertente aplicativa pode ser político-criminalmente orientada.

2.1. A posição sistemática da punibilidade

Há diversas interpretações acerca da posição sistemática da punibilidade. De fato, a punibilidade tem sido compreendida como matéria de teoria da pena, como questão a ser analisada no âmbito de uma teoria da responsabilidade penal, como uma quarta categoria estrutural, posto que contingente, do delito, ou mesmo como elemento de uma concepção tripartite de delito. Nesse último sentido, Battaglini (1934) apresentou, a partir do direito positivo italiano de sua época, uma concepção de delito estruturado em: fato previsto em lei, culpa em sentido amplo e punibilidade.

Segundo Battaglini, o primeiro elemento do delito é um fato previsto em lei. A distinção entre fato puro, materialmente considerado e valoração jurídica do fato natural teria a função prática de estabelecer o âmbito da antijuridicidade. Com efeito, de uma conduta praticada em uma situação em que incida alguma causa de exclusão de antijuridicidade, a partir da diferenciação entre fato natural e valoração normativa do fato, pode-se dizer que a conduta existiu na natureza, mas não estava em contradição com o ordenamento (BATTAGLINI, 1934). Entretanto, segue o autor, deve-se indagar a possibilidade de um fato, elemento material de um delito, ser ou não um fato puro, prescindindo-se da valoração jurídica, visto que o fato material do delito é o fato natural contemplado abstratamente pela lei (BATTAGLINI, 1934). Não haveria, dessa forma, uma necessidade lógica em derivar de circunstâncias justificadoras a configuração da exclusão de ilicitude (BATTAGLINI, 1934). O segundo elemento do delito, na concepção de Battaglini, seria de ordem moral: a culpa em sentido amplo, a qual abarca o dolo e a culpa em sentido estrito (BATTAGLINI, 1934). Por fim, haveria a punibilidade. Battaglini estrutura seu argumento a partir da previsão de “causas extintivas do delito” – por exemplo, morte do réu, anistia entre outras. De acordo com o autor, a extinção do delito, que somente se dá por causa superveniente à conduta criminosa, implica a cessação de um elemento do delito previamente constituído. Em outras palavras, com a superveniência de uma causa de extinção do delito, passa a faltar um elemento do crime. Não pode deixar de existir o fato já ocorrido. Também não se pode eliminar a culpa, pois não há como modificar a volição pretérita. Logo, o que deixa de existir, conclui Battaglini, é a possibilidade de aplicar a sanção penal, ou seja, a punibilidade. Por essa razão, na estrutura proposta pelo autor, a punibilidade ganha o

status de elemento autônomo do delito, ladeando o fato típico e a culpa em sentido amplo (BATTAGLINI, 1934)³.

A tripartição proposta por Battaglini, como se sabe, ficou longe de ter ampla aceitação doutrinária. Todavia, a doutrina mais moderna, ao tratar da punibilidade, ainda não chegou a um consenso acerca de qual sua posição na sistemática do direito penal. Com efeito, a título de ilustração, traz-se o pensamento de Muñoz Conde e García Arán (2007), Mendes de Carvalho (2008) e Bustos Rubio (2015). Muñoz e García entendem que a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são suficientes para a completa configuração do delito. Não obstante, determinados delitos somente poderão ser punidos como tais se forem verificadas certas circunstâncias, as quais não integram nenhuma das categorias estruturais do delito. Estas circunstâncias excepcionais de caráter bastante heterogêneo constituiriam a punibilidade. Em outros termos, a categoria da punibilidade é uma tentativa de agrupamento e sistematização de uma série de pressupostos que o legislador, por razões de política criminal, pode exigir para fundamentar ou impedir a imposição de uma pena (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2007). Mendes de Carvalho, por sua vez, afirma que a punibilidade não integra o conceito de delito. A autora ilustra seu entendimento propondo que delito e punibilidade devem ser concebidos como circunferências independentes, isto é, nem concêntricas, nem secantes. A punibilidade, segundo a autora, atuaria como um pressuposto da pena independente das categorias que compõem o delito (CARVALHO, 2008). Bustos Rubio, em sentido próximo, concebe a punibilidade como um estágio independente ao delito, alheio aos elementos que o definem. Segundo o autor, seguindo o pensamento de Petrocelli, a punibilidade conceitualmente compreendida seria a nota conceitual do delito, visto que somente se pode conceber um delito na hipótese em que a lei imponha uma sanção penal a uma determinada conduta. Como “nota conceitual”, a punibilidade não poderia integrar a estrutura do delito, pois se as categorias da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade configuram o fato punível, a inserção da punibilidade nesta estrutura significaria afirmar que para que um delito seja punível é necessário que ele seja punível, o que constituiria uma grosseira tautologia. Dessa forma, sendo o delito perfeito, a punibilidade pode afetar tão-somente a pena (BUSTOS RUBIO, 2015). Em síntese, a questão sobre a posição sistemática da punibilidade – a qual não será definitivamente respondida no presente trabalho – evidencia a necessidade de se ter em mente, além da polissemia do termo “punibilidade”, a abertura do

³ As causas de exclusão de antijuridicidade, nesse modelo de delito, seriam “circunstâncias impeditivas da punibilidade”. Seriam semelhantes às “circunstâncias extintivas”, porém, com a diferença de que excluiriam *a priori* a punibilidade. BATTAGLINI, 1934.

conceito para juízos político-criminais, pautados em critérios utilitaristas de conveniência e oportunidade.

2.2. O fundamento da punibilidade

Embora existam concepções variadas (BITTAR, 2015), predomina o entendimento de que a punibilidade, em seu momento aplicativo, encontra fundamento no princípio da subsidiariedade, na medida em que este confere legitimidade aos critérios utilitários de política criminal. De fato, os critérios de conveniência, oportunidade, intervenção mínima, proporcionalidade (GARCÍA PÉREZ, 2019), além de outros interesses de natureza político-jurídica (como a arrecadação tributária) seriam o elemento comum dos elementos condicionantes da punibilidade. Ademais, tais juízos políticos não precisam necessariamente, segundo alguma parcela da doutrina, pautar-se em razões de natureza penal. Isto é, a punibilidade, em seu momento aplicativo, poderia ser condicionada por razões inerentes a outros setores do ordenamento. Dessa forma, por exemplo, a isenção de pena nos delitos patrimoniais praticados entre familiares teria seu fundamento no juízo de (in)conveniência acerca de punir tal conduta, afinal, a tutela patrimonial estaria contraposta à proteção da integridade familiar (CARVALHO, 2008; DONNA, 2001). García Pérez, analisando as diversas questões suscitadas atualmente acerca do tema da punibilidade, afirma haver relativo consenso de que a utilidade confere sentido à punibilidade. Por essa razão, prossegue o autor, os estudiosos do direito penal devem investigar onde o direito penal pode buscar critérios legítimos de utilidade e determinar em que eles consistem. O autor conclui sugerindo que a resposta para estas indagações parece estar na exata compreensão do princípio da subsidiariedade, visto que uma punibilidade político-criminalmente orientada está em conformidade com a concepção segundo a qual a pena pode deixar de ser aplicada nas hipóteses em que o objetivo da intervenção penal já teria sido alcançado por outras vias (GARCÍA PÉREZ, 2019).

2.3. Os elementos constitutivos da punibilidade

Tradicionalmente, ao se discutir os elementos constitutivos da punibilidade, a doutrina elenca as condições objetivas de punibilidade, as escusas absolutórias e, eventualmente, as condições de procedibilidade.

As condições objetivas de punibilidade são as circunstâncias que condicionam a imposição da pena em alguns delitos, sem, todavia, integrar o injusto culpável (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2007). Em outras palavras, condições objetivas de punibilidade são eventos ou situações do mundo físico, que não derivam do processo causal iniciado pelo autor do delito – não sendo, portanto, causa em sentido jurídico. Não se exige que uma condição objetiva de punibilidade seja previsível ao autor do delito; logo, as condições objetivas não precisam ser abarcadas pelo dolo, nem ser imputáveis a título de culpa (CREUS, 1992; ZUCALÁ, 2001; ROXIN, 1997; FARALDO CABANA, 2001).

Não obstante, a doutrina aponta que, contrariando a regra, há condições objetivas de punibilidade as quais, em alguma medida, fundamentam, ainda que parcialmente, o injusto. Daí, propõe-se a distinção entre condições objetivas de punibilidade próprias, as quais efetivamente constituiriam tão-somente causas de condicionamento da pena, e as condições objetivas de punibilidade impróprias, as quais, por fundamentar (parcialmente) o injusto, seriam questionáveis desde o ponto de vista do princípio da culpabilidade (CARVALHO, 2008; JESCHECK, 1995). De fato, as condições impróprias integram materialmente o injusto, mas, por razões de política criminal, formalmente são condições de punibilidade, escapando, assim, da exigência de dolo ou culpa por parte do agente (CARVALHO, 2008)⁴.

As escusas absolutórias, didaticamente, costumam ser apresentadas como opostas às condições objetivas de punibilidade. Com efeito, enquanto a presença de uma condição objetiva de punibilidade implica a possibilidade de sanção penal, a presença de uma escusa absolutória implica a não punibilidade; ademais, enquanto a condição objetiva, como o próprio termo indica, tem um caráter objetivo, isto é, independente da pessoa do autor, as escusas absolutórias, normalmente, são verificadas em razão precisamente de circunstâncias pessoais, não sendo, por essa razão, aplicáveis aos partícipes que não compartilhem da situação pessoal que enseja a escusa (HIGUERA GUIMERÁ, 1999).

Mais recentemente, a terminologia “escusas absolutórias” tem sido bastante criticada por abarcar situações muito diversas, notadamente quando se pensa em termos de cronologia:

⁴ No direito brasileiro, pode-se interpretar como condição objetiva de punibilidade imprópria o parágrafo único do artigo 137 (Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores: Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa. Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos). Parte da doutrina compreende que tal previsão constitui “intolerável concessão à responsabilidade objetiva” (CARVALHO, 2008, p.131). Para uma ampla e detalhada exposição das condições objetivas de punibilidades no delito de rixa em diversos ordenamentos, ver: PINTO, 2003.

as escusas absolutórias englobariam circunstâncias anteriores e posteriores ao fato delitivo (BUSTOS RUBIO, 2015). Parte da doutrina, portanto, prefere estabelecer uma distinção. Assim, as escusas absolutórias anteriores ou preexistentes seriam, na verdade, causas de exclusão da pena; já as escusas absolutórias posteriores, constituídas por comportamentos pós-delitivos de caráter positivo, seriam denominadas de forma mais precisa como causas de supressão ou de levantamento da pena, pois suprimiriam “de modo retroativo a punibilidade já fundamentada” (CARVALHO, 2008, p.145).

O comportamento pós-delitivo positivo, o qual pode fundamentar o levantamento ou a supressão (de parte) da pena, de acordo com a doutrina, deve apresentar três características. Em primeiro lugar, o comportamento deve ser posterior ao delito, embora não necessariamente realizado depois de sua consumação. Exemplo de comportamento pós-delitivo anterior à consumação é a desistência voluntária (ROXIN, 1997; FRISCH, 2014). A posterioridade, dessa forma, refere-se ao início do injusto da tentativa. Em segundo lugar, o comportamento pós-delitivo positivo deve ser voluntário, isto é, não pode resultar de qualquer coação (CARVALHO, 2008). Finalmente, o comportamento pós-delitivo deve ser positivo. O aspecto positivo do comportamento, em regra, manifesta-se pela eliminação ou mitigação das consequências do dano decorrente do comportamento, ou pela colaboração com a Administração da Justiça (CARVALHO, 2008; RODRÍGUEZ, 2021).

As condições de procedibilidade são pressupostos de natureza processual para o exercício da ação penal em face de determinados delitos. Assim, as condições de procedibilidade não condicionam o perfazimento do delito, mas sim a possibilidade de sua persecução jurídica, na medida em que funcionam como “obstáculos processuais” (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2007, p.401).

A doutrina não é pacífica sobre se as condições de procedibilidade integram ou não a categoria da punibilidade (CARVALHO, 2005; BUSTOS RUBIO, 2015). Ferré Olivé (2010) defende uma concepção mais ampla de punibilidade, a qual integraria, além das condições objetivas de punibilidade e das escusas absolutórias, as condições de procedibilidade. De acordo com o autor, a punibilidade tem a função de cumprir objetivos de ordem política. O injusto culpável fundamentaria um juízo de merecimento de pena. Todavia, a punibilidade pautar-se-ia por critérios de necessidade em termos preventivos da pena. Nestes critérios, incidiriam elementos de ordem substantiva e adjetiva, politicamente orientados. A incorporação por um

preceito penal de uma condição de procedibilidade indicaria que, naquelas circunstâncias, uma pena seria merecida, porém, não necessária (FERRÉ OLIVÉ, 2010).

A doutrina encontra bastante dificuldade para diferenciar condições objetivas de punibilidade de condições de procedibilidade. A distinção seria relevante, pois, por seu caráter material, isto é, não processual, apenas a ausência de uma condição objetiva de punibilidade pode implicar a absolvição propriamente dita (BUSTOS RUBIO, 2015). É precisamente este efeito que é mencionado como critério de dessemelhança: as condições de procedibilidade são de ordem exclusivamente processuais, de modo que pressupõem a preexistência de um delito, cujo perfazimento não é de forma alguma impactado pela ausência ou presença de uma dessas condições. Não obstante, este critério de diferenciação é criticado por tão-somente descrever o efeito de uma condição de procedibilidade, sem caracterizá-la materialmente, isto é, sem definir qual seria seu conteúdo (FARALDO CABANAS, 2001).

Embora as discussões sobre os elementos da punibilidade tradicionalmente girem em torno destes três elementos (condições objetivas de punibilidade, escusas absolutórias e condições de procedibilidade), mais recentemente, e em conformidade com a compreensão de que a punibilidade é político-criminalmente orientada, esboçam-se concepções mais amplas de punibilidade. Nesse sentido, merecem destaque as interpretações de Asúa Batarrita (1999) e Díez Ripollés (2017).

Asúa Batarrita entende que as categorias da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade configuram o delito, sendo, portanto, uma condição necessária para a aplicação da pena. Todavia, prossegue a autora, a conformação do injusto culpável não é suficiente para se garantir a necessidade de aplicação da pena. Nesse sentido, a punibilidade funcionaria como um “filtro corretor”, excluindo a imposição da sanção penal em determinadas circunstâncias (ASÚA BATARRITA, 1999, p.223). A função de “filtro corretor” decorre de a punibilidade ser compreendida sob a luz dos critérios de oportunidade e legitimidade de imposição de reprimenda penal. Em outras palavras, em razão de circunstâncias que, embora não modifiquem em absoluto o caráter delitivo da conduta, a pena pode ser considerada inoportuna ou ilegítima (ASÚA BATARRITA, 1999).

Importante salientar que, de acordo com Asúa Batarrita, o juízo de imputação de responsabilidade criminal pela conduta típica deve considerar tão-somente os elementos e fatores existentes no momento da violação da norma. Não obstante, a aplicação da pena deve ter em consideração “fatores posteriores”, os quais, repita-se, embora não alterem a

configuração do injusto culpável, e, acrescente-se, nem o juízo de responsabilidade pelo fato, podem interferir na possibilidade de consecução dos fins da pena ou nas condições de sua legitimidade, em vista da situação concreta verificada no momento da condenação (ASÚA BATARRITA, 1999). Dessa forma, entende a autora, seria possível, do ponto de vista processual, por exemplo, condenar um agente como responsável por um delito, obrigando-o a reparar danos decorrentes de sua conduta, sem que haja aplicação efetiva de uma pena, por razões que eliminem sua oportunidade ou sua legitimidade (ASÚA BATARRITA, 1999). Importante esclarecer: a autora faz menção a “fatores posteriores” que podem afetar a oportunidade ou legitimidade da pena. Tais fatores podem consistir em comportamentos posteriores ao delito, garantindo algum tipo de perdão judicial. Mas não só. Podem decorrer de circunstâncias alheias ao comportamento do agente. Nesse sentido, Asúa Batarrita elenca as seguintes hipóteses que podem afetar a oportunidade ou legitimidade da pena: o excesso de duração da prisão preventiva, o comportamento do “agente provocador”, a existência de torturas em alguma das fases de atuação do sistema penal, e as dilações indevidas (ASÚA BATARRITA, 1999).

Díez Ripollés, a seu turno, entende que a punibilidade deve ser compreendida dentro da estrutura da responsabilidade criminal. Com efeito, a exigência de responsabilidade penal implica um juízo de responsabilidade de alguém por seu comportamento. Este alguém receberá um juízo de responsabilidade de merecimento de pena nos casos que seu comportamento seja típico, antijurídico e culpável. Ademais, o juízo de responsabilidade será de necessidade de pena se presentes elementos que qualifiquem o comportamento como punível. A sanção penal, assim, será aplicada se, positivos os juízos de merecimento e necessidade, a pessoa for considerada responsável por sua conduta. O juízo de merecimento pauta-se pelos princípios de proporcionalidade e humanidade das penas, ao passo que o juízo de necessidade deve basear-se na consecução de finalidades legítimas da pena. O juízo global de responsabilidade criminal, bem como a decisão acerca da imposição de uma pena devem ser formulados no âmbito do processo penal, o qual estabelece as condições de verificação da responsabilidade penal e a forma de reação penal (DÍEZ RIPOLLÉS, 2017).

A punibilidade, de acordo com Díez Ripollés, constituiria uma última categoria da infração penal, a qual deve ser verificada se se tiver configurado um comportamento típico, antijurídico e culpável. Trata-se, não obstante, de uma categoria com conteúdo próprio. Isto é, não se trata de uma categoria meramente formal, que atribui o rótulo de punível a uma conduta delitiva. Ao contrário, a punibilidade tem elementos próprios, com implicações sensíveis na

estrutura de responsabilidade criminal. De fato, os elementos da punibilidade podem fundamentar a própria punibilidade, mas também podem graduá-la ou excluí-la (DÍEZ RIPOLLÉS, 2017).

A punibilidade distingue-se das categorias estruturais do injusto culpável, notadamente, na dimensão axiológica, pois, aporta à responsabilidade penal uma dimensão baseada em valores utilitários. Com efeito, a categoria da punibilidade coloca em questão se e em qual medida a formulação de um juízo de responsabilidade pela conduta serve aos objetivos legítimos perseguidos pela intervenção penal, de modo que o nível de satisfação suscetível de se alcançar pode graduar a vertente da necessidade do juízo de responsabilidade (DÍEZ RIPOLLÉS, 2017).

Esclarece Díez que a categoria da punibilidade se estrutura em torno de três valores de utilidade. Em primeiro lugar, o juízo de responsabilidade pelo comportamento realizado deve ser efetivo, isto é, o que significa que sua formulação deve servir ao objetivo de cumprimento da norma correspondente ou de sua aplicação coativa em caso necessário. Em segundo lugar, o juízo de responsabilidade deve ser eficaz, ou seja, deve contribuir à obtenção dos objetivos da intervenção penal, notadamente a tutela de bens jurídicos. Em terceiro lugar, o juízo de responsabilidade deve ser eficiente, o que ocorre se os interesses satisfeitos por esse juízo de responsabilidade estão em patamar superior aos interesses que a formulação desse juízo coloca em segundo plano. Em síntese, a punibilidade introduz o pragmatismo ao juízo de responsabilidade. A implicação evidente deste pragmatismo é: a imposição e a execução de uma pena devem ser condicionadas e moduladas por valores de utilidade (DÍEZ RIPOLLÉS, 2017).

De acordo com Díez Ripollés, todos os elementos integrantes da punibilidade – inclusive as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias – podem ser ordenados segundo sejam fundamentadores, excludentes ou graduadores da punibilidade. Efetivamente, todos os elementos remeteriam aos três critérios materiais de necessidade do juízo de responsabilidade, quais sejam: efetividade, eficácia e eficiência. A fim de deixar mais palpável sua sistematização, o autor esclarece, primeiramente, que não há elementos genéricos que fundamentam ou excluem a punibilidade desde a perspectiva utilitária da efetividade, embora possa-se atribuir tal objetivo à atenuante da confissão, visto que o agente, confessando, assegura a aplicação da norma e facilita o exercício da administração da justiça. Em segundo lugar, Díez afirma que figura dentre os elementos que atendem à eficácia do juízo de

responsabilidade atenuante da mitigação ou reparação do dano decorrente do delito. Por fim, como elemento que atine à eficiência do juízo de responsabilidade pode-se mencionar a isenção de pena para os furtos cometidos entre parentes, visto que o interesse de formular o juízo de responsabilidade ao autor do delito não compensaria os prejuízos que ocorreriam a outros interesses familiares e sociais (DÍEZ RIPOLLÉS, 2017).

3. A PUNIBILIDADE COMO CONCEITO POLÍTICO-CRIMINALMENTE ORIENTADO: O EXEMPLO DA DELAÇÃO PREMIADA

A doutrina majoritária considera, sem maiores reflexões, que a delação premiada é um instituto de direito processual, pois, em termos quantitativos, predominam normas procedimentais acerca da celebração de acordos. As regras de direito material, ou seja, as que afetam a dosimetria da pena são relativamente mais escassas. Não obstante, seria um equívoco ignorar por completo a face de direito penal material do instituto da delação premiada (RODRÍGUEZ, 2021). Com efeito, o instituto da delação talvez seja o exemplo mais claro de pragmatismo do (novo) sistema penal, o qual, diante das características da criminalidade contemporânea, vê-se forçado a adotar razões de ordem utilitária, mesmo que isso implique antinomias axiológicas⁵, na medida em que, por exemplo, confere vantagens a um “traidor”, apesar de, em regra, a traição trazer em si um desvalor (GARRO CARRERA, 2013; RODRÍGUEZ, 2018).

A renúncia ao dever de punir deve ser compreendida no âmbito da punibilidade (RODRÍGUEZ, 2021). De fato, embora cercada, como se mostrou neste trabalho, de divergências doutrinárias, a figura da punibilidade é imprescindível para a operacionalização do sistema penal. A ausência da categoria da punibilidade implicaria uma enorme restrição à incidência de juízos político-criminais no direito penal. É difícil até mesmo conceber um direito penal sem aberturas legais para que, por razões políticas, a pena seja diminuída ou anulada, ainda que por critérios não relacionados à culpabilidade. A punibilidade traz os elementos que fazem com que o direito penal, calcando-se “na necessidade e na racionalidade” impostas contextualmente, condicione em alguma medida a aplicação da sanção penal aos fins da pena (RODRÍGUEZ, 2021, p.110).

⁵ A propósito, BOBBIO, 2011.

A delação premiada, compreendida à luz da punibilidade, constitui um comportamento pós-delitivo positivo, o qual, por razões notadamente de eficácia e efetividade da persecução penal (DÍEZ RIPOLLÉS, 2017), gradua ou exclui a pena. A punibilidade, portanto, é a categoria que abre o sistema punitivo para que as sanções sejam condicionadas a certas finalidades penais ou extrapenais “que o legislador queira alcançar, e que pode fazê-lo via diminuição da pena” (RODRÍGUEZ, 2021, p.115).

4. CONCLUSÕES

O conceito de punibilidade é cercado de divergências doutrinárias menos ou mais intensas. Ao menos desde a década de 1960, parte da doutrina entende que o conceito central para a compreensão da punibilidade é a categoria do fato jurídico. Com efeito, partindo-se da premissa de que o fato jurídico é o acontecimento natural normativamente valorado, aceita-se a indissociabilidade entre preceito e sanção, e, analogamente, reconhece-se que não se poderia conceber delito sem punibilidade. Todavia, o direito positivo, efetivamente, estabelece hipóteses em que não há punição para determinadas figuras delitivas. Esta aparente contradição pode ser resolvida ao se identificar a polissemia do termo “punibilidade”, o qual pode ser compreendido em um sentido normativo – segundo o qual, desde uma perspectiva lógica, o que caracteriza o delito é a punibilidade, isto é, a previsão de aplicação de pena – e em um sentido aplicativo – segundo o qual a previsão de pena não implica necessariamente a imposição efetiva de sanção penal. Esta distinção evidencia que, em seu momento aplicativo, a punibilidade segue orientações de natureza político-criminal.

As divergências contemporâneas acerca da punibilidade acabam por reafirmar a abertura a juízos de natureza política do conceito. Com efeito, ao se questionar qual seria a posição sistemática da categoria da punibilidade, a doutrina apresenta diversos entendimentos – por exemplo, punibilidade como conjunto de circunstâncias heterogêneas que, por razões de política criminal, condicionam a aplicação da pena, ou como pressuposto da pena independente das categorias estruturais do delito – os quais evidenciam, por um lado, a necessidade de se ter em consideração a polissemia do termo punibilidade, para se evitar argumentações redundantes, e, por outro, a abertura da categoria da punibilidade a juízos utilitários quando da efetivação da sanção penal. De fato, o ponto de maior consenso doutrinário acerca da punibilidade é o de que seu fundamento estaria no princípio da subsidiariedade, na medida em que este pode

condicionar a intervenção penal à verificação de se a aplicação efetiva da pena seria útil e/ou legítima no caso concreto.

Os elementos tradicionalmente compreendidos como constituintes da punibilidade – a saber: condições objetivas de punibilidade, escusas absolutórias e condições de procedibilidade – também reafirmam a orientação político-criminal da categoria. Com efeito, ao não integrarem o injusto culpável, tais elementos condicionam a aplicação da pena ou mesmo o exercício da ação penal a circunstâncias que não apresentam conexão com o juízo de reprovabilidade do comportamento do indivíduo. Ademais, há modernas concepções de punibilidade, as quais superam a tripartição tradicional do conceito. Ditas concepções “mais amplas” partem da premissa pouco questionada de que a punibilidade, entendida como critérios para a efetiva aplicação da pena, é a categoria dogmática com maior abertura a juízos utilitários. Dessa forma, pode-se conceber a punibilidade em termos de utilidade e legitimidade da pena, ou ainda como categoria estruturada em torno dos valores de utilidade de efetividade, eficiência e eficácia, os quais fundamentam, graduam ou eliminam a intervenção penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASÚA BATARRITA, Adela. Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional. In: CEREZO MIR, José *et al.* (Ed.). *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Editorial Comares, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATTAGLINI, Giulio. Gli elementi del reato nel nuovo codice penale. *Annali di Diritto e Procedura Penale*. v. 3, 1934.

BITTAR, Walter Barbosa. *A punibilidade no direito penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

BUSTOS RUBIO, Miguel. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. *Estudios penales y criminológicos*. n. 35, 2015.

CARVALHO, Érika Mendes de. Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática: Una crítica al sistema integral del derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. n. 07-10, 2005,

_____. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COBO DEL ROSAL, Manuel. La punibilidad en el sistema de la parte general del derecho penal español. *Estudios penales y criminológicos*. n° 6, 1981-1982.

CREUS, Carlos. *Derecho penal*. Parte general. 3.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la punibilidad en el Derecho Penal español. In: SILVA SÁNCHEZ *et al.* (Coord.). *Estudios de Derecho Penal*. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig. Buenos Aires: BdeF, 2017.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo II - B. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2001.

FARALDO CABANA, Patricia. Falsas condiciones objetivas de punibilidad en los delitos contra la administración de Justicia. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español*. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Punibilidad y proceso penal. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. n. 15, 2010.

FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema del delito en transformación. *InDret*. n.3, 2014.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad. *Estudios Penales y Criminológicos*. vol. XXXIX, 2019.

GARRO CARRERA, Enara. Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa. Claves para una reelaboración. *InDret*. n.1, 2013.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias. In: CEREZO MIR, José *et al.* (Ed.). *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Editorial Comares, 1999.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. vol. VII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1955.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*. The limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el derecho alemán y español. *Eguzkilore: zientzia kriminologikoen aldizkari elektronikoa: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. n. 9, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: SAFE, 1986.

KUNTER, Nurullah. Reato e illecito civile. *Annales de la Faculté de Droit d'Istambu*. Ano I, nº2, 1952.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. 7.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PETROCELLI, Biagio. Reato e punibilità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. n. 3, v. 3, 1960.

_____. Reexame dos elementos do crime. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. n. 8, v. 2, 1965.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Ilícito e punibilidade no crime de participação em rixa. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (Coord.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Roma: Fratelli Bocca Editori, 1913.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Punibilidad y responsabilidad criminal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. vol. XVI, 1995.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. A nova punibilidade e seu imprescindível papel nos pressupostos de justiça premial: como a parte geral do Código pode legitimar os acordos de delação premiada. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Coleção 80 anos do Código Penal*. Volume IV - Temais atuais de Direito Penal. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

_____. *Delação premiada*. Limites éticos ao Estado. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Tomo V. Buenos Aires: Ediar, 1988.

ZUCCALÀ, Giuseppe. Estructura del delito y punibilidad: el evento preterintencional. Problemas actuales. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In memoriam. Volumen I. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.