

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC - Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gustavo Noronha de Avila; Matheus Felipe de Castro; Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648- 261-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. política criminal. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

Com esforços coletivos diversos discentes e docentes de Programas de Pós-graduação de diversos Estados do país reuniram-se para trazer ao debates temas atinentes as Crimonologias e Política Criminal no encerramento do ano de 2020. O grupo de trabalho contou com a produção e apresentação de 14 artigos. O primeiro intitulado 'O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO NOS MUNICÍPIOS DO MARANHÃO: A VIOLÊNCIA ESTRUTURAL, SEUS REFLEXOS NOS BAIXOS ÍNDICES DE DESENVOLVIMENTO HUMANO E AS POSSIBILIDADES DEMOCRÁTICAS DECORRENTES DO CONTROLE SOCIAL FORMAL' produzido por Sandro Rogério Jansen Castro , Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Urucu Rego tem como objetivo descrever a atuação da Polícia Federal na apuração dos inquéritos policiais nos crimes praticados pelos prefeitos nos municípios maranhenses assim como os Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) no Maranhão; Em seguida, é avaliado de forma objetiva o crime de colarinho branco sob a perspectiva do paradigma crítico da criminologia. Por fim, é aferida as consequências do desvio de verba revelada na violência estrutural e seus efeitos no baixo índice de desenvolvimento humano, bem como a necessidade da democratização do Direito Penal.

O segundo texto de autoria de Alexandre Manuel Lopes Rodrigues , Murilo Darwich Castro De Souza e Willibald Quintanilha Bibas Netto trouxe como perspectiva analisar a punibilidade no conceito analítico de crime, nos moldes propostos por Andreas Eisele, e sua aplicabilidade no atual contexto da pandemia do COVID-19. Inicialmente, serão abordas as concepções bipartida e tripartida de delito. Após, trataremos das categorias que compõe a punibilidade da teoria quadripartida proposta pelo referido autor. Finalmente, a proposta é analisar como a limitação da liberdade das pessoas possibilita compreender melhor a necessidade de se desenvolver uma teoria do delito que considere o significado social do fato para justifica a intervenção penal do Estado.

O terceiro artigo denominado 'INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: IMPLICAÇÕES CONCERNENTES À UTILIZAÇÃO DA LEI PENAL EM BRANCO' escrito por Bruna Azevedo de Castro analisa a estrutura normativa do artigo 268 do Código Penal, que criminaliza a conduta de violar medida sanitária preventiva destinada a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa, considerando as peculiaridades oriundas da pandemia de covid-19, doença infectocontagiosa causada pelo Sars-Cov-2, conhecido como novo coronavírus. Investiga a

necessidade da utilização da lei penal em branco para compor a referida incriminação e as implicações dela decorrentes, tais como a compatibilização com o princípio da reserva legal e retroatividade benéfica.

A próxima reflexão traz como destaque analisar os reflexos da pandemia de COVID-19 sobre o mínimo existencial em relação à população carcerária paulista, principalmente sobre higiene e saúde. Há relevância do tema, pois este estado detém a maior população carcerária do país. Inicialmente, serão analisados o direito à saúde e as demandas em tempos de COVID-19. Em seguida, trará algumas considerações sobre o mínimo existencial, mínimo vital para, ao final, analisar as providências adotadas pelo Estado, através do método dedutivo, pesquisas bibliográficas, coleta de dados e notícias. Identificou-se a histórica precariedade de assistência à saúde no cárcere e insuficientes providências pós-pandemia. Possui como título ' MÍNIMO EXISTENCIAL EM TEMPOS DE COVID-19 SOB A PERSPECTIVA DO CÁRCERE PAULISTA' e foi redigido por Aline Albieri Francisco e Vladimir Brega Filho.

O quinto estudo pertence a Larissa Santana Da Silva Triindade , Fernando Barbosa Da Fonseca e Márcio Eloy de Lima Cardoso busca analisar a violência sobre as mulheres negras no Brasil a partir do advento do processo pandêmico no país e a visibilidade da realidade social no processo sócio-histórico brasileiro considerando o racismo estrutural, que cada dia se consolida na sombra do passado escravista de viés patriarcal. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, procura fazer uma análise desse pecado social que viola as mulheres negras, demonstrando a funcionalidade dessas opressões e exploração que contribui na propagação das desigualdades de gênero.

Sob o título "ÉTICA, MORAL E VIRTUDE: INSTRUMENTOS (NÃO) JURÍDICOS DA DIGNIDADE HUMANA NO CONTEXTO CARCERÁRIO' com autoria de Larissa Santana Da Silva Triindade, Márcio Eloy de Lima Cardoso e Fernando Barbosa Da Fonseca traz como debate discussões acerca da fundamentação da dignidade da pessoa humana. A ética da virtude implica, por si, a preeminência da ética política. Busca-se nesse artigo discutir o problema da fundamentação da dignidade da pessoa humana, que finca raízes no fértil solo da Filosofia. Apontar os possíveis motivos pelos quais o ser humano deve ser considerado titular de uma prerrogativa de tratamento tão especial exige profundas reflexões filosóficas, sobretudo, dentro do contexto da política do cárcere.

O estudo escrito por André Martins Pereira tem por tema a representação e a significação do poder punitivo a partir da mídia. O problema de pesquisa é: em que medida e de que maneira o poder punitivo é representado e significado pela mídia como igualitário? O objetivo é

refletir significados e representações do poder punitivo na mídia face à seletividade penal. O método utilizado é o dedutivo, sendo a técnica de pesquisa a análise da bibliografia sobre o tema a partir da criminologia crítica e da criminologia cultural, concluindo que a cobertura midiática coloca em movimento representações e significados de igualitarismo, encobrindo a seletividade penal.

A reflexão nomeada a 'A RELATIVIZAÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA PELA SOCIEDADE DO ESPETÁCULO' de Eduardo Puhl considera que o estado de inocência se constitui em direito fundamental do acusado, objetiva-se verificar de que maneira a sociedade do espetáculo influencia sua relativização, analisando sua aplicação ao processo penal para identificar uma possível relativização capaz de prejudicar o acusado frente ao poder de punir do Estado. Proceder-se a análise por meio de uma metodologia analítica e dedutiva com técnica de revisão bibliográfica. Por fim, conclui-se que a pressão exercida pela sociedade do espetáculo seria capaz de influenciar a persecução penal, e que o respeito de fato ao estado de inocência serviria para proteger o acusado dessas arbitrariedades.

Caroline Yuri Loureiro Sagava e José Eduardo Lourenço dos Santos no artigo 'A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO ATUAL CONTEXTO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO' tem por objetivo verificar como o princípio da intervenção mínima conjugado com outros fatores poderá auxiliar a implementação da justiça restaurativa e das penas alternativas à prisão, com o fortalecimento do Estado na administração do sistema penal. A pesquisa é classificada como qualitativa e será abordada fazendo-se uso do método hipotético-dedutivo. Quanto aos procedimentos técnicos a pesquisa pode ser classificada como bibliográfica e documental. Assim, serão utilizadas obras renomadas de diversos doutrinadores, o que contribuirá para o melhor desenvolvimento do trabalho.

A análise titulada 'CRIMINAL PROFILING: ATUAÇÃO EM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL' de Daiany Freire Pereira, Kádyan de Paula Gonzaga e Castro e Marlene de Fátima Campos Souza tem como foco a atuação do profiler em investigações criminais, com enfoque no Brasil, bem como a importância da tecnologia frente as investigações, os quais tem objetivo colaborar com as forças policiais no combate do crime e, como sentido basilar identificar o suspeito desconhecido, solucionar o caso com as técnicas disponíveis. Diante de todo o estudo realizado foi possível concluir que a técnica do Profiling e a Inteligência Artificial podem auxiliar na efetividade da aplicação lei.

Sob o título 'DISCURSO SOBRE A MAIORIDADE PENAL, ANOMIA E POLÍTICAS PÚBLICAS' de autoria de Guilherme Masaiti Hirata Yendo, Dionata Luis Holdefer e

Geovana Raulino Bolan tem por objetivo analisar a questão da maioria penal no Brasil em face das teorias de Émile Durkheim e Jean-Jacques Rousseau. Serão apresentados os argumentos favoráveis e contrários à redução da idade de imputabilidade penal e a possibilidade de conciliação dessas teses, demonstrando como o pensamento desses dois grandes autores da Sociologia e da Ciência Política ainda pode ser aplicado na realidade contemporânea. Será esclarecido, ainda, o papel das políticas públicas para enfrentar a criminalidade praticada por pessoas de idade mais jovem.

O próximo estudo sob o título de 'MEDIDA DE SEGURANÇA E PERICULOSIDADE: A CONTRADIÇÃO DA PERSISTÊNCIA DO ENFOQUE ETIOLÓGICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO' de Roberto Carvalho Veloso e Gabriel Silva De Abreu discute o problema da aparente contradição existente entre o instituto da medida de segurança e a sistemática atual da periculosidade. Utilizando o método hipotético-dedutivo, em abordagem jurídico-científica, objetiva-se analisar criticamente o fundamento da noção de periculosidade, arraigado no enfoque etiológico da Criminologia Positivista e dissertar acerca da aplicação das medidas de segurança no Estado Democrático de Direito, apresentando como resultado que a periculosidade apresenta diversas inconsistências com a atual sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, no qual há limitação do poder punitivo estatal.

O penúltimo tema traz como título 'AS ALTERAÇÕES NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS PROMOVIDAS PELO PACOTE ANTICRIME SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL' escrito por Caroline Fockink Ritt e Eduardo Fleck de Souza e busca analisar a Lei dos Crimes Hediondos diante das mudanças efetuadas pelo Pacote Anticrime, o qual apresentou-se como uma lei visando o combate à criminalidade com o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal. O método utilizado, em virtude da natureza bibliográfica, foi o Dedutivo. Como método de procedimento, trabalhou-se com o Histórico-crítico que, procura dar tratamento localizado no tempo ao objeto do estudo. Em termos de técnica da pesquisa, utilizou-se documentação indireta. Apesar dos resultados e conclusões, as alterações promovidas apresentam consideráveis incongruências, manifestamente contrárias ao princípio de matriz constitucional da proporcionalidade.

O último estudo com autoria de Ythalo Frota Loureiro analisa a relação entre militarismo, polícias militarizadas e militarização das polícias. Como metodologia utiliza-se uma pesquisa do tipo bibliográfica, através de livros e artigos que versem sobre os assuntos acima mencionados. Adota-se como recorte os modelos de polícia da França e da Inglaterra para compreender a sua repercussão na militarização das instituições policiais norte-americanas. Verificou-se que a ideia de militarização das polícias não teria aplicabilidade no Brasil, cujo

modelo de polícia paramilitar adota o modo de organização do Exército e se submete quase exclusivamente ao controle de instâncias militares .

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila - UNICESUMAR

Prof. Dr. Matheus Felipe De Castro - UFSC

Profa. Dra. Thaís Janaina Wenczenovicz - UERGS/UNOESC

Nota técnica: O artigo intitulado “O FEMINICÍDIO COMO UM DISPOSITIVO NECROPOLÍTICO: A PRODUÇÃO E ADMINISTRAÇÃO SISTEMÁTICA DE SOFRIMENTO E MORTE DE MULHERES NO BRASIL” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUÍ, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Criminologias e Política Criminal II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Criminologias e Políticas Criminais ou na CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

REPENSANDO A PUNIBILIDADE E O CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME EM TEMPOS DE PANDEMIA

REVALUATING THE PUNISHMENT AND THE ANALYTICAL CONCEPT OF CRIME IN PANDEMIC TIMES

**Alexandre Manuel Lopes Rodrigues
Murilo Darwich Castro De Souza
Willibald Quintanilha Bibas Netto**

Resumo

Este artigo analisa a punibilidade no conceito analítico de crime, nos moldes propostos por Andreas Eisele, e sua aplicabilidade no atual contexto da pandemia do COVID-19. Inicialmente, serão abordadas as concepções bipartida e tripartida de delito. Após, trataremos das categorias que compõem a punibilidade da teoria quadripartida proposta pelo referido autor. Finalmente, a proposta é analisar como a limitação da liberdade das pessoas possibilita compreender melhor a necessidade de se desenvolver uma teoria do delito que considere o significado social do fato para justificar a intervenção penal do Estado.

Palavras-chave: Direito penal, Conceito analítico de crime, Teoria quadripartida, Punibilidade, Última ratio

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the punability of the analytical concept of crime, along the lines proposed by Andreas Eisele, and its applicability in the current context of the COVID-19 pandemic. Initially, the concepts bipartite and tripartite of crime will be addressed. Then, we will deal with the categories that make up the punishment of the quadripartite theory proposed by the referred author. Finally, the proposal is to analyze how limiting people's freedom allows a better understanding of the need to develop a theory of crime that considers the social meaning of the fact to justify the State's criminal intervention.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Analytical concept of crime, Quadripartite theory, Punishment, Ultima ratio

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos conteúdos mais importantes do curso de Direito Penal é a chamada teoria do delito, é nesse momento em que aprendemos, como juristas em formação, a conceituar e definir crimes ou delitos, tal tarefa que parece simples no âmbito do senso comum, não é tão fácil quando da perspectiva científica. Nesse sentido, o conceito de infração penal varia conforme a perspectiva adotada, legal ou doutrinária.

No que se refere ao conceito legal de infração penal, a Lei de Introdução ao Código Penal (Dec. Lei nº 3.914/41), dispõe em seu art. 1º que:

Considera-se crime a infração penal que a **lei** comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a **lei** comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Da leitura do supracitado dispositivo legal auferem-se que, no que tange a definição legal de infração penal, o legislador adotou uma teoria bipartida (doutrina clássica), dividindo infração penal em crimes e contravenções penais, notadamente a distinção entre ambos os institutos (crime e contravenção) é puramente de grau ou de gravidade, nesse sentido, leciona Queiroz (2016, p. 181) “crime é uma infração penal mais grave, por isso que punível com reclusão ou detenção etc.; e a contravenção é uma infração de menor potencial ofensivo; logo, sancionada com prisão simples ou multa”.

Ademais, é indubitável que a maior discussão acerca do conceito de crime se dá no âmbito doutrinário, as principais definições de crime, de acordo com a doutrina, são: formal, material e analítica. Segundo Rogério Greco (2017, p. 225) “Sob o aspecto formal, crime seria toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente com a lei penal editada pelo Estado. Considerando-se o seu aspecto material, conceituamos o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes”.

O Conceito formal de crime, de viés eminentemente positivista, tem como base o princípio da legalidade como noção e definição de delito. Diz respeito a uma mera relação de contrariedade entre o fato e a lei penal. Assevera Luiz Regis Prado (2019, p.675), que, sob o aspecto formal “delito é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência”; “ação ou omissão, imputável ao seu autor, prevista e punida pela lei com uma sanção penal”; ou, ainda, “todo fato humano proibido pela lei penal”.

Por outra lado, o conceito material de crime diz respeito a conduta humana que lesiona ou expõe a perigo bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, está relacionado, portanto, com o aspecto substancial da conduta humana, considerada em seu aspecto de dano social, deste modo “crime é uma conduta individual e socialmente danosa ou gravemente lesiva de bem jurídico, visto que, por implicar as maiores violências (em tese) sobre a liberdade do cidadão, segue-se que só faz sentido definir como delit condutas que não possam ser objeto (exclusivamente de outras formas menos lesivas de prevenção e controle social” (QUEIROZ, 2016, p. 185).

Ainda sobre a definição material de delito, importante é a lição de Prado (2019, p. 677):

Costuma ainda ser definido como: “o atentado às condições de vida da sociedade, comprovada pela legislação e só evitável mediante a pena”; “todo fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade”; ou, ainda, “um querer e atuar antijurídico (socialmente danoso) e culpável, insuportável cultural e ético-socialmente, em contradição grave com a justiça e o bem comum”.

Dando continuidade ao tema ora exposto, o conceito meramente formal ou material do crime não fornecem elementos suficientemente definidos e concatenados para fins de definição e estudo das infrações penais, “faz-se necessária a adoção de um *conceito analítico* de crime. Os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime” (BITENCOURT, 2020, p. 619).

Na verdade, podemos concluir que os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime “mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da legalidade.” (GRECO, 2017, p. 226)

Nesse diapasão a chamada teoria analítica do crime é responsável por identificar os elementos e subelementos que compõem o crime, e analisa-los minuciosamente, deste modo, caso não esteja presente um dos elementos da definição analítica de crime, podemos afirmar que não há crime.

Dentre as teorias analíticas de crime duas são as mais difundidas, a primeira chamada de teoria bipartida o crime, possuindo como elementos do crime o fato típico e a ilicitude, a segunda teoria é a chamada teoria tripartida, possuindo como elementos do crime o fato típico, ilicitude e a culpabilidade.

Como já afirmado, as teorias bipartidas e tripartidas do delito são as mais difundidas, podendo-se inclusive, afirmar que a teoria majoritariamente aceita é a tripartida, notadamente nos bancos dos cursos de graduação de direito nos limitados ao estudo dessas teorias analíticas, no entanto, devemos asseverar nas linhas das lições de Paulo Queiroz (2016, p. 186) que “apesar de a doutrina majoritária defender um conceito tripartido de crime, há quem adote uma concepção quadripartida (crime como fato típico, ilícito, culpável e punível), a exemplo de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán”.

A concepção quadripartida de crime é pouco difundida na graduação de direito, no entanto, acreditamos que seu estudo apurado pode fornecer grandes reflexões afim de aprimorar a definição de crime, inclusive no sentido de ser mais um mecanismo de proteção do cidadão frente ao poder punitivo estatal, importando em mais um barreira conceitual necessária para que se possa classificar um conduta como crime, no entanto, cabe salientar que a rejeição a tal teoria é grande.

Nesse sentido, assevera Cleber Masson:

Essa posição quadripartida é claramente minoritária e deve ser afastada, pois a punibilidade não é elemento do crime, mas consequência da sua prática. Não é porque se operou a prescrição de determinado crime, por exemplo, que ele desapareceu no mundo fático. Portanto, o crime existe independentemente da punibilidade. (MASSON, 2011, p. 175)

Ademais, a crítica supracitada desvela o objetivo e enfoque deste artigo, passaremos ao estudo das principais teorias analíticas do crime, dando enfoque a teoria a criticada quadripartida, apontando quais contribuições ela pode oferecer visando a transformação e justiça na aplicação do conceito de crime.

1. TEORIA ANALÍTICA DO CRIME: BIPARTIDA X TRIPARTIDA

O critério analítico de crime, também chamado de critério dogmático, tem suas bases nos elementos que compõem a estrutura do crime, a sua função é a de analisar todos os elementos ou características que integram a infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. Pois, o crime é, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. Ademais, é cristalino que, do ponto de vista dogmático, o estudo analítico permite-nos verificar a existência ou não da infração penal; daí sua importância (GRECO, 2017).

Reforçando a ideia de que a adoção de um conceito analítico de crime não significa desconsidera-lo como algo unitário, leciona Prado que “os elementos do delito estão ordenados

em uma relação interna, de acordo com as leis da lógica. Deve-se formar um todo completo, coerente e suficientemente diferenciado.⁴⁵ Isso não exclui a consideração do fato delitivo como um todo *unitário*, mas torna a subsunção mais racional e segura.” (PRADO, 2019, P.678)

Ademais, as duas teorias analíticas do crime mais difundidas são a teoria bipartida do crime e a teoria tripartida, Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 76) assevera que “na atualidade, a literatura alemã está dividida entre o modelo bipartido e o modelo tripartido de crime, no resto da Europa e na América Latina, o modelo tripartido de fato punível é dominante”.

Para o modelo bipartido, crime seria composto por dois elementos: fato típico e ilícito, a culpabilidade seria um pressuposto necessário para a aplicação da pena. “Destarte, para a configuração do delito bastam o fato típico e a ilicitude, ao passo que a presença ou não da culpabilidade importará na possibilidade ou não de a pena ser imposta”. (MASSON, 2011, p. 176).

Ademais, cumpre asseverar uma última lição acerca da teoria bipartida, nas palavras de Cleber Masson

E, atenção, a teoria bipartida relaciona-se intimamente com a teoria finalista da conduta. Como já abordado, nada impede a adoção de um conceito tripartido de crime por uma pessoa vinculada ao finalismo penal, todavia, ao se adotar a teoria bipartida do crime, necessariamente será aceito o conceito finalista de conduta. Isso porque da teoria clássica o dolo e a culpa situam-se na culpabilidade. E, se fosse possível um sistema clássico e bipartido, consagrar-se-ia a responsabilidade penal objetiva. (MASSON, 2011, p.176)

Sobre a evolução do conceito analítico de crime, Prado leciona que:

Desde suas origens, a postura bipartida, mesmo tendo sido alvo de mutações, busca distinguir entre o fato e a culpabilidade, inserindo-se todo o conteúdo objetivo descrito na lei, inclusive os dados de antijuridicidade, no primeiro, e na segunda, todo material de ordem anímica, subjetiva ou psicológica relativo ao fato e autor. No transcorrer desse processo histórico-evolutivo, a ação, como primeiro requisito do delito, só apareceu com Berner (1857), sendo que a ideia de ilicitude, desenvolvida por Ihering (1867) para a área civil, foi introduzida no Direito Penal por obra de Von Liszt e Beling (1881), e a de culpabilidade Posteriormente, no início do Século XX, graças a Beling (1906), surgiu a ideia de tipicidade.

Segundo a doutrina, todo o desenvolvimento dos estudos culminou na formulação mais aceita e adotada de crime, qual seja, a teoria tripartida. “Trata-se do modelo teórico preferível, seja por razão científico-sistemática, seja por motivo didático-pedagógico, seja por lógica, seja ainda por fundamento de cunho prático e garantista”. (PRADO, 2019, p.688).

Ademais, para a teoria analítica tripartida do delito, “o crime é um fato típico, ilícito e culpável, havendo entre tais categorias uma relação lógica de sucessão e prejudicialidade, uma vez que a culpabilidade pressupõe a ilicitude e esta, a tipicidade” (QUEIROZ, 2016, p. 186). Concluindo-se que, esses elementos estão em uma sequência lógica necessária, “quer dizer, só uma ação ou omissão pode ser típica; só esta última pode ser ilícita e apenas quando ilícita tem a possibilidade de ser culpável. Assim, tipicidade, ilicitude e culpabilidade não passam de uma parte do juízo negativo de valor global sobre o fato e o seu autor” (PRADO, 2019, p. 681).

Portanto, fica clara a função do estudo analítico do crime é uma função garantia, fazendo com que a divisão do delito em vários elementos traga mais segurança na análise do fato delituoso, sempre fazendo com que apenas haja crime quando todos os elementos e subelementos do crime estejam perfeitamente presentes ao caso concreto.

2. A PUNIBILIDADE NO CONCEITO DE DELITO NA VISÃO DE ANDREAS EISELE

Andreas Eisele, em seu livro “Punibilidade no Conceito de Delito”, busca classificar a afetação do bem jurídico dentro de um conceito integral de delito, pois identifica necessidade de consideração do significado social do fato para que o ilícito penal culpável seja classificado como delito.

De fato, a partir da crescente complexidade das relações sociais, se vê cada vez mais necessário considerar, em cada caso concreto, o significado social do fato necessidade esta que resulta do reconhecimento de que é este aspecto que confere sentido ao delito e justifica a intervenção penal estatal.

Ocorre que, diante de tudo que foi exposto acerca da teoria tripartida do delito, é possível perceber a sua limitada capacidade de desenvolver e analisar em cada caso concreto as categorias teóricas necessárias para a sistematização do significado social do fato. É por esta razão que, Andreas Eisele, ao estudar exaustivamente a punibilidade no conceito de delito, entende que:

Com a definição do conteúdo da punibilidade concreta, e sua classificação como um elemento do delito, se torna possível a inclusão da afetação do bem jurídico na estrutura desta categoria jurídica, e sua sistematização em um conceito integral de delito, composto pelo fato típico, antijurídico, culpável e punível. (EISELE, 2019, p. 01)

Destarte, o referido autor analisa a possibilidade de incluir a afetação do bem jurídico na estrutura do delito, a partir do desenvolvimento da categoria denominada de “merecimento de pena”.

Nesse sentido, além da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade do fato, para a completa configuração de um delito, também devemos considerar necessário que determinado fato tenha uma relevância social mínima, ou seja, relevância social suficiente para ser classificado como merecedor de pena.

Segundo o referido autor, o conceito de merecimento de pena foi utilizado para especificar o desvalor do fato, uma vez que tal expressão tem como conteúdo uma reprovação valorativa relativa a algo culturalmente intolerável devido a sua relevância social e significado negativo no âmbito ético. Logo, a expressão “merecimento de pena” denota a gravidade do fato e destaca o aspecto socialmente lesivo do ilícito penal. (EISELE, 2019, p. 141)

Assim, ao admitir a premissa formulada por Sauer, de que o delito deveria ter um conteúdo material determinado pela *danosidade social do fato*, o autor passa a definir qual seria o objeto de referência dessa valoração, ou seja, passa a responder a seguinte pergunta: *O que determinaria a classificação do fato como socialmente relevante ao ponto de macular a sociedade e seus valores?*

Além disso, é necessário criar um conceito sintético que possa ser incluído na estrutura teórica do delito para representar o *sentido social do fato*.

Ocorre que, a primeira categoria utilizada para a construção de um conceito teleológico de delito mais próximo desse objetivo foi a chamada *Tipicidade Material do Fato*, cujo critério definidor foram os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade da intervenção penal, uma vez que a utilização de tais princípios está ligada a necessidade de valoração dos fatos típicos e antijurídicos de determinado contexto social.

Nesse sentido, Andreais Eiseli (2019, p.141/142) disserta que:

O objeto dessa avaliação foi definido como o grau e a extensão da lesão ou perigo que o fato tenha causado para o bem jurídico e, conseqüentemente, os ilícitos penais que causam uma afetação socialmente relevante a este bem jurídico passam a ser considerados como “merecedores de pena”.

Sendo assim, a expressão *merecimento de pena* tem um conteúdo normativo e devendo ser utilizada para se referir ao resultado da análise da gravidade da afetação de um bem jurídico, causada por um ilícito penal, cujo efeito é justificar a incidência de uma pena.

Destarte, é possível concluir que o *merecimento de pena* orienta materialmente a intervenção penal, para que somente as afetações particularmente relevantes do bem jurídico tenham o condão de fundamentar a imposição de uma pena, implementando de forma concreta e individualizada o objetivo dos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, uma vez que determina o limite entre a relevância e a irrelevância penal do fato.

Então, após exaustiva análise doutrinária e histórica do fundamento do merecimento de pena, conclui Andreas Eisele que:

(...) o merecimento de pena é uma categoria na qual se justifica a intervenção penal do Estado em relação a um fato específico. Seu conteúdo é estabelecido com base em um juízo valorativo realizado sobre a lesividade da conduta típica e antijurídica para o bem jurídico tutelado pela norma. Como a relevância do fato estabelece o merecimento de pena, e este justifica a intervenção penal do Estado, a punibilidade (concreta) é determinada pelo merecimento de pena, que por sua vez é definido com base no significado social da afetação do bem jurídico. (2019, p. 147)

Nesse diapasão, o *merecimento de pena* se configura como uma categoria que: I. O conteúdo é formado por um juízo valorativo da relevância social do ilícito penal; II. O objeto desse juízo valorativo é a afetação do bem jurídico; III. A finalidade do “merecimento de pena” (categoria) é a definição da justificativa da intervenção penal a partir de uma perspectiva “material” do delito.

2.1 A função prática do merecimento de pena

Andreas Eisele observa que, muitos juristas relacionam os efeitos do *merecimento de pena* com a subsidiariedade da intervenção penal do Estado, ou seja, tais efeitos são observados tão somente em seu aspecto negativo, com a exclusão da possibilidade de configuração de um delito ou instauração de um processo, cuja expressão social é irrelevante em virtude da insignificância da afetação do bem jurídico tutelado.

Ocorre que, segundo referido autor, não é compatível com o sistema político do Estado de Direito considerarmos qualquer um dos elementos que constituem o delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) como limite, pois se o delito é o resultado da configuração de elementos, então para considerar tais elementos como limites seria necessário pressupor que o delito já existe no mundo dos fatos, o que não deixa de ser uma presunção de culpabilidade.

Mister salientar, outrossim, que o pressupor a admissão dos efeitos negativos do *merecimento de pena*, também não é adequada porque, sob a luz do conceito tripartido de crime, seria necessário considerar que em algum momento anterior seria possível avaliar a afetação do bem jurídico, ou seja, para que a punibilidade seja excluída, tal punibilidade já deve existir a partir de um fato típico, ilícito, culpável e punível, o que pressupõe a afetação socialmente relevante do bem jurídico.

Nesse sentido, atribuir uma função negativa ou limitadora ao *merecimento de pena* pressupõe a existência do que se pretende limitar a partir desse critério, sendo que, conforme já

exposto, o objeto da valoração que define o *merecimento de pena* (a afetação do bem jurídico) estabelece um fundamento da punibilidade que antes não existia, ou seja, ele não limita algo que já existe, mas sim constitui algo novo.

Na precisa lição de Andreas Eisele:

O merecimento de pena é um aspecto componente de um elemento do delito (punibilidade), e os conteúdos dos elementos do delito (a tipicidade do fato, sua antijuridicidade, a culpabilidade correspondente e a punibilidade) não limitam o objeto (delito), mas sim integram um complexo de circunstâncias que, conjuntamente, estabelecem uma realidade. (EISELE, 2029, p.152)

Portanto, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são elementos necessários para a configuração do delito, os quais instauram aspectos que acrescentam características essenciais à sua construção, sendo o *merecimento de pena* um deles.

Então, partindo do princípio de que a função de determinado elemento (*in casu* o merecimento de pena) deve ser analisada com base nas consequências de sua implementação para a configuração total do objeto (delito), quando a afetação do bem jurídico for classificada como socialmente relevante, haverá a configuração do *merecimento de pena*, o qual funda a punibilidade, e quando isso não ocorrer, não serão produzidos efeitos, não havendo, portanto, qualquer punibilidade para se “excluir”.

Sendo assim, o merecimento de pena se consubstancia em um critério valorativo mediante o qual se define o grau de relevância social do fato, mas quando se identifica que esse grau é irrelevante, não se implementa a punibilidade, e, conseqüentemente, o fato é classificado como uma “bagatela” no âmbito penal, não se estabelecendo uma relação jurídica de conteúdo penal neste caso. Portanto, a insignificância que orienta o “princípio da bagatela” é uma das possíveis consequências práticas da aplicação do juízo de merecimento de pena, mas não sua referência fundamental.

De forma sintética Andreais Eisele explica:

(...) a definição do fato como merecedor de pena implica a possibilidade de aplicação de uma sanção penal como consequência jurídica, e um eventual não surgimento da punibilidade devido à não configuração do merecimento de pena não significa que sejam produzidos efeitos negativos, mas exatamente o contrário, pois a não implementação da punibilidade não resulta dos efeitos da categoria, e sim de sua inexistência. (EISELE, 2019, p. 157)

Após conceituar e estabelecer os parâmetros de utilização do *merecimento de pena*, Andreas Eisele, demonstra, ainda, a necessidade de prisão técnica ao utilizar da referida categoria:

A denominação de uma categoria jurídica deve ser a mais unívoca possível, evitando-se a utilização do mesmo termo para designar mais de uma categoria, porque a equivocidade terminológica produz discussões inúteis, nas quais os interlocutores podem estar de acordo em relação à ideia defendida, mas aparentemente discordam porque cada um afirma que o objeto seja algo ou algo distinto, tem determinadas características, requisitos, ou produz efeitos específicos, quando na realidade estão tratando de coisas diferentes pelo mesmo nome, ou da mesma coisa mediante terminologia distinta (o que nos leva a supor que trata-se de coisas diferentes). (EISELE, 2019, p. 162)

Nesse sentido, para evitar qualquer ambiguidade na utilização prática e teórica do *merecimento de pena*, o autor aponta que não se deve confundir-la com o fundamento político da definição legal do tipo e da pena, ou seja, o *merecimento de pena* não determina o que deve ser regulamentado (proibido ou obrigatório), mediante a cominação abstrata de uma pena e sua consequência jurídica, a categoria responsável por isso é o *merecimento de tutela penal*.

Ora, a necessidade de cuidados específicos em relação ao valor de determinado bem jurídico, bem como em relação ao correspondente significado social da forma de sua afetação, não indica o merecimento de *pena*, mas sim o merecimento de *tutela*, pois a regulamentação do bem jurídico não pode ser merecedora de pena, mas sim o fato que vulnera este bem jurídico, ou, de forma mais específica, o agente responsável por este fato. (EISELE, 2019). Assim, o merecimento de tutela, se consubstancia em referência política que fundamenta a norma cuja finalidade é evitar a afetação à um bem jurídico.

Da mesma forma, Andreas Eisele sustenta que não se pode confundir *merecimento de pena* com *necessidade de pena*, pois esta também é constantemente empregada em mais de um sentido, então, devido à existência de diversas ambiguidades é importante diferenciá-las, sob a ótica da estrutura do delito. A *necessidade de pena* refere-se ao fundamento da incidência da sanção penal na dinâmica delitiva, que deve ser analisada de modo individualizado em cada caso concreto. Portanto, a *necessidade de pena* é uma consequência da implementação do *merecimento de pena*, e, por estes motivos acabam sendo utilizadas como sinônimos (EISELE, 2019).

Ocorre que, embora os efeitos de ambas as categorias sejam similares no aspecto que implementa a punibilidade, dizer que necessidade de pena e merecimento de pena são sinônimos, segundo Eisele (2019, p. 165), é uma equiparação redutora e simplista, resultando em uma atribuição de significado de sentido comum, sem especificação técnica, uma vez que:

Embora o fundamento do *merecimento de pena* seja a relevância social da afetação do bem jurídico, e o fundamento da *necessidade de pena* seja a indispensabilidade da incidência da sanção para a implementação de finalidades preventivas, a configuração do *merecimento de pena* resultante da realização de um ilícito penal culpável implica a configuração da *necessidade de pena* porque evidencia uma situação de descumprimento da norma jurídica que resulta na exigência de implementação de medidas protetivas para assegurar o controle social, e a manutenção da ordem jurídica. (EISELE, 2019, p. 171)

O referido autor demonstra a existência de uma relação dinâmica entre o merecimento e a necessidade de pena, porque a configuração do primeiro resulta na fundamentação do segundo. Contudo, como o fundamento de ambos não se confunde, existe a possibilidade de ocorre uma situação em que o merecimento de pena esteja configurado, devido à relevância social do fato, mas não seja necessária a incidência de uma pena para as suas finalidades preventivas.

Eisele esclarece que a definição do *merecimento de pena* é realizada a partir da valoração do significado do fato lesivo ao bem jurídico, o que corresponde ao “porque” da intervenção penal, mediante a análise de um fato pretérito. Por sua vez, o fundamento da *necessidade de pena* tem outro objeto, que é definido a partir da finalidade dessa intervenção, que consiste em responder ao “para que” punir, dessa vez mediante a análise de uma perspectiva futura.

Portanto, em determinado contexto factual, o fato seria *merecedor de pena* “porque” é socialmente relevante, mas a incidência da pena é *necessária* não apenas “porque” o fato é socialmente relevante, mas também “para que” a situação não ocorra mais no futuro.

De fato, não há qualquer compatibilidade de fundamentos em uma concepção que relacione a *necessidade de pena* com a gravidade do ilícito penal, onde se analisa a relevância da afetação do bem jurídico, a partir da retrospectiva da composição do fato, e, ao mesmo tempo, a fundamente com base na finalidade da pena, onde é necessária uma perspectiva futura, que projete os efeitos que a pena possa alcançar caso seja imposta.

Sendo assim, *merecimento de pena* e *necessidade de pena* são critérios completamente autônomos e distintos, não sendo possível, no âmbito estrutural do delito, utilizar de ambas as referências como um aspecto que identifique um elemento em comum.

Mister salientar, outrossim, que independentemente do referido problema técnico de tentar utilizar como sinônimos merecimento e necessidade de pena, as finalidades da pena não consistem em um fundamento adequado para a incidência da sanção penal, devido à sua incompatibilidade com vários princípios políticos que orientam o sistema penal.

Efetivamente, a pena é estabelecida a partir de critérios de proporcionalidade, e é definida com base no significado e relevância social do fato. Por este motivo, aos delitos mais graves (que afetam bens jurídicos socialmente mais valiosos, ou os afetam de forma mais ampla ou profunda) são atribuídas penas mais restritivas que a delitos considerados menos graves. Este critério de definição das penas tem como referência o fato ocorrido, e a consequência jurídica do ilícito penal é determinada pelas características da situação concreta, e não por projeções hipotéticas futuras. (EISELE, 2019, p 173)

Destarte, uma definição de pena com base nas expectativas de satisfação de finalidades preventivas da execução implicaria uma dissociação entre a pena e o fato, pois não seria considerada a proporcionalidade entre a gravidade do fato e a pena, mas uma perspectiva utilitária de eficácia da finalidade preventiva atribuída à sanção.

Ocorre que, se fosse assim, a pena seria aplicada com base em seu potencial comunicativo de conteúdo contrafático, ou seja, a modalidade e quantidade de pena importariam tão somente para inibir condutas similares de terceiros, independente das características do fato e da responsabilidade do agente, o qual seria utilizado apenas como um instrumento para a obtenção de finalidades que vão além do significado de sua conduta e o conteúdo de sua personalidade.

Sendo assim, é possível perceber que a definição da *necessidade de pena* com base em suas finalidades preventivas não é legítima no contexto dos sistemas penais atualmente existentes nos Estados democráticos de direito, pois tal justificção da aplicação de sanções penais é incompatível com o princípio da culpabilidade pelo fato, bem como com os princípios da proporcionalidade e personalidade das penas.

Entretanto, embora as finalidades preventivas da pena que orientam a sua necessidade não devam ser consideradas para fundamentar sua incidência, Andreas Eisele entende que, podem ser consideradas para justificar sua não incidência:

A forma de incidência dos efeitos da análise das finalidades preventivas da pena pode ser identificada a partir das proposições de Romano, que afirma expressamente que a necessidade de pena é um critério limitante da intervenção penal em relação a ilícitos penais, e de Silva Sánchez, que considera possível distinguir as funções do merecimento das correspondentes à necessidade de pena. No aspecto constitutivo, Silva Sánchez observa que a necessidade de pena não aduz nenhuma característica valorativa ao merecimento de pena, pois a situação que o originou permanece inalterada. Porém, em seu efeito negativo, a ausência de fundamentos determinantes da necessidade de pena pode implicar a exclusão da pena (EISELE, 2019, p. 175).

Dessa forma, diferente do *merecimento de pena*, cuja incidência só produz efeitos práticos a partir da análise positiva de sua configuração, a necessidade de pena, em que pese instaurada em consequência da referida configuração, seu fundamento é relativamente distinto,

bem como sua análise produz um efeito negativo em relação à punibilidade, o qual consiste na exclusão do fundamento da intervenção estatal.

De um modo sintético, pode ser afirmado que o merecimento de pena implica a necessidade de pena, mas esta necessidade pode ser excluída quando se conclua que a sanção não é indispensável, adequada ou idônea para a obtenção de suas finalidades preventivas, caso em que a punibilidade não se implementa (ou é excluída). (EISELE, 2019, p. 178)

Nesse sentido, sustenta-se que a análise da necessidade de pena pode conceder um efeito excludente da punibilidade, permitindo que não seja aplicada uma pena sem necessidade, o que confere racionalidade à intervenção penal do Estado.

2.2 O merecimento de pena na estrutura tripartida do delito:

Diante do que foi analisado, é possível percebermos que, teoricamente, o *merecimento de pena* resulta da valoração da afetação do bem jurídico tutelado, devendo integrar a estrutura do delito. Contudo, onde tal aspecto deve ser inserido na teoria do delito?

Para responder essa questão é de fundamental importância definir se o *merecimento de pena* se consubstancia em um critério geral orientador de todos os elementos do delito ou se seria uma categoria autônoma. Segundo Eisele:

O problema é que a classificação do merecimento e da necessidade de pena como critérios não integrantes das categorias componentes da estrutura sistemática do delito, impossibilita a consideração do conteúdo material do fato (sua lesividade) de modo específico para a definição do delito, o que resulta em um conceito jurídico formal sem relação concreta com a realidade social. (EISELE, 2019, p 183)

Sendo assim, segundo o referido autor, não seria possível entender o merecimento e necessidade de pena como critérios orientadores de todos os elementos do delito, uma vez que não seria possível especificar o objeto do juízo valorativo que deve determinar o merecimento de pena como critério geral, no máximo é possível pensar na afetação do bem jurídico, mas tal aproximação se confunde com a concepção de tipicidade material.

Desta forma, resta analisar a possibilidade de incluir o *merecimento de pena* em alguma das categorias sistemáticas do conceito estrutural do delito. Porém, Eisele (2019, p. 185 – 186) assevera que a tipicidade e antijuridicidade são categorias cuja estrutura é de configuração absoluta, não se admitindo uma gradação proporcional em cada caso concreto, ou seja, não há um fato que seja mais ou menos típico quando comparado a outro, e o mesmo pode ser dito em relação a antijuridicidade.

Importante frisar, ainda, que não seria tecnicamente correto criar uma categoria autônoma para o *merecimento de pena*, pois apesar de sua relevância, ele é somente um critério classificatório da relevância social do fato, que ainda precisa ser complementado por outro (*necessidade de pena*) para produção de seus efeitos, ou seja, apesar do *merecimento de pena* integrar o delito, não possui conteúdo e nem estrutura suficientes para configurar um elemento autônomo.

Por estas razões, Eisele (2019, p.187) sustenta que: “*A categoria que tem estas condições é a que surge como consequência do merecimento (devido à valoração da afetação socialmente relevante do bem jurídico). Esta categoria é a punibilidade.*”

Logo, o referido autor sustenta ser possível a adequada classificação da afetação do bem jurídico, a partir da inclusão do *merecimento de pena* na estrutura do delito, o que é plenamente possível com a adoção da categoria da punibilidade concreta em um conceito quadripartido (ou quadridimensional) do delito, composto pelo fato típico, antijurídico, culpável e punível.

Diante de todo o exposto, Andreas Eisele (2019, p. 188) define o objeto da categoria da punibilidade, atribuí um conteúdo determinado e função aos critérios do merecimento e necessidade de pena, os quais garantem verdadeira racionalidade à análise do delito, sob a luz de uma teoria quadripartida, onde o *merecimento de pena* é classificado como um critério valorativo utilizado para definirmos a relevância social da afetação do bem jurídico causada pelo ilícito penal, cuja configuração implica a *necessidade de pena* que, se não for excluída, possibilita que o Estado aplique uma pena ao agente responsável pela prática do ilícito penal. Tal possibilidade se consubstancia na punibilidade, que é o que transforma um fato típico, antijurídico e culpável em um fato punível.

3. A PUNIBILIDADE NOS CONTEXTOS FACTUAIS DA PANDEMIA DO COVID-19

Diante de todo o exposto, percebemos que é plenamente possível a utilização prática de uma teoria que conduza o direito penal à uma realidade material, mas antes de adentrarmos no atual contexto que contribui para tanto, é importante lembrarmos as estruturantes do Direito Penal.

O contrato social adotado como fundamento para o direito e como parâmetro para sua legitimação surgiu com o chamado direito penal clássico, rompendo com o conceito de direito natural. A concepção de contrato social como legitimação do direito transformou o estado natural em estado jurídico, onde o cidadão renunciaria de uma parcela de sua liberdade natural

para harmonizar sua convivência com os demais cidadãos que, igualmente, renunciaram de uma parcela de suas liberdades. No plano horizontal, o contrato social significa um acordo entre os cidadãos em um ordenamento jurídico vinculante a todos, já no plano vertical, o contrato social tem de ser garantido institucionalmente, através da ação de autoridades responsáveis pela vigília e manutenção das cláusulas contratuais.

Nesse contexto, a concepção clássica do direito penal reconhece que ele é um meio violento de repressão, no entanto, também seria um instrumento de garantia da liberdade e cidadania indispensável para assegurar a convivência harmônica da sociedade, sendo a *ultima ratio* para solucionar os problemas sociais e não uma panaceia para todos os males existente.

Nele renunciam aqueles que têm de viver socialmente uns com os outros e, reciprocamente renunciam a uma parte de sua liberdade natural e alcançam, com isso, uma garantia de liberdade para todos. O direito penal recebe a sua função, igualmente, como meio de estabilização dos acordos decorrentes do contrato social; ele é o direito da violação da liberdade e de suas consequências. (HASSEMER, 2007, p. 192).

O moderno direito penal surge com o rompimento desta tradição clássica, de tal modo que o direito penal passa a ser orientado por ideias de prevenção, de cunho eminentemente utilitarista, o estado deixa de ser visto como o leviatã, que deve sofrer restrições afim de evitar violações, para ser visto como uma espécie de pai, protetor, caridoso cujas ações estão sempre justificadas por uma espécie de tutela de toda a sociedade, fazendo com que as autoridades cada vez mais lancem mão do poder punitivo, justificando essa prática com uma série de “boas intenções”.

A proteção de bens jurídicos como característica do Direito Penal Moderno se transmuta em um verdadeiro conceito positivo de incriminação, o direito penal moderno transforma o sentido clássico de um direito penal baseado na proteção de bens jurídicos em um fomento para a criação cada vez maior de tipos penais baseados na proteção de bens jurídicos cada vez mais abstratos e na criação de crimes de perigo. O que antes funcionava como um crivo para o legislador passa a ser um mandado de incriminação cada vez maior.

A proteção do bem jurídico torna-se, no direito penal moderno, de um conceito negativo para um conceito positivo da incriminação. O que foi formulado classicamente como crítica ao legislador, o qual não poderia se reportar à proteção de um bem jurídico, torna-se, a partir de agora, em um apelo a ele, legislador, para que este imponha uma pena a determinados tipos de comportamento. Com isso, o princípio da proteção do bem jurídico se modifica totalmente. (HASSEMER, 2007, p. 194).

Portanto, a ideia de bem jurídico passa por uma deturpação de função, e cada vez mais o direito penal se lança com a justificativa de proteção de bens jurídicos, o problema

é que tal uso é feito de maneira inconsequente, fechando os olhos inclusive para a crítica criminológica que aponta, desde muito, que os custos do direito penal não são capazes de fazer frente aos eventuais ganhos, ignorando a própria seletividade do poder punitivo, sendo que ao final, direitos fundamentais dos mais vulneráveis é que são sacrificados em nome de uma suposta proteção geral de bens jurídicos. Na prática, os supostos ônus e bônus da implementação do estado policalesco não são divididos de maneira democrática.

O direito penal moderno é orquestrado por uma lógica predominantemente utilitarista, onde os fins paulatinamente justificam os meios, nesse contexto a prevenção passa a ser a principal finalidade do direito penal, deixando de ser uma consequência quista da aplicação das penas, como antes era no direito penal clássico, para se transformar em protagonista dos objetivos da pena.

A prevenção que, no direito penal clássico, era de qualquer forma um objetivo bem delimitado da justiça penal, tornasse um paradigma penal dominante (...) o direito penal moderno é quase que praticamente dominado por interesses preventivos.

Assim, a prevenção ganha o protagonismo do exercício do poder punitivo, tudo gira em torno de uma suposta finalidade preventiva, tal mudança de paradigma acarreta uma série de consequências, dentre as principais podemos citar a perda da proporcionalidade entre a conduta e a resposta punitiva, o objetivo da pena deixa de ser a retribuição a uma conduta delituosa na medida de sua culpabilidade, para se transformar em uma espécie de intimidação voltada à população em geral (isso não levando em consideração a seletividade que apontaria os verdadeiros destinatários dessa intimidação), assim, pouco importa se a pena é desproporcional ao delito praticado, contanto que, com aquela pena, se consiga dar um recado de medo para que os criminosos em potencial sejam desestimulados a praticar o mesmo delito.

Já orientação pelas consequências imprime que o direito penal deve buscar uma série de finalidades políticas, que no direito penal clássico eram estranhas as suas finalidades ou, no mínimo, não faziam parte de suas prioridades. É uma espécie de prevenção geral positiva, de caráter educativo ao povo, que passará a enxergar como valorosas uma série de questões por conta da atuação do direito penal, sem se questionar se este é o meio correto ou justo para tal.

Também a tendência crescente de não se aplicar o direito penal como ultima ratio, mas, sim, como sola ou prima ratio para a solução dos problemas da sociedade é, nesse contexto, um exemplo apropriado de uma excecência com relação à orientação das consequências. (HASSEMER, 2007, p. 196).

Nesse contexto o direito penal é utilizado como uma espécie de instrumento educativo de conscientização, podendo ser usado para abarcar os temas mais variados como, meio ambiente, corrupção, homofobia, entre outros.

Por nossa parte, sustentamos que seria ingênuo revestir a função do Direito penal de uma tarefa pedagógica, uma vez que essa função compete a outras esferas do controle social como a família, a escola, a universidade etc. não se pode utilizar a ameaça de pena para a formação de consciências, na medida em que se pode utilizar, para esses mesmo fins, mecanismos menos agressivos contra o indivíduo. Em resumo, se entendermos que só se recorre ao Direito Penal como a *ultima ratio*, a missão do Direito penal teria que ser outra. (BUSATO, 2015, p. 37).

Tudo isso se traduz na chamada “dialética da modernidade”, salientando que o direito penal passa a ser um instrumento de solução de inúmeros conflitos e problemas sociais, sem que seja dado a devida atenção às mazelas do direito penal, bem como desconsiderando seu caráter de *ultima ratio*.

O Direito Penal então passa a cumprir um papel muito mais simbólico, e de expectativas de soluções de problemas, bem como seus fins preventivistas passam a ser usados como uma espécie de fonte ilimitada de legitimação, seus fins e boas intenções sempre justificam seus meios e danos.

Vale ressaltar que estamos trabalhando com os fins declarados e oficiais do poder punitivo, para muito antes das reflexões críticas acerca de seus fins não declarados (de exclusão social, verticalização de poder, massacre, etc), no entanto, apesar de menos duras e téticas, as críticas aos fins oficiais da pena devem continuar a ser feitas, a resistência e a crítica têm de se manter vivas em todos os níveis, principalmente pelo fato de que os fins preventivos do direito penal, são, atualmente, sua principal fonte de legitimação frente a sociedade, sobretudo pela grande atuação da mídia sensacionalista em propagar o medo e chamar o direito penal como capaz de salvar o cidadão, nesse sentido os discursos legitimadores do poder punitivo da Idade Média estão plenamente vigentes fixando uma estrutura que permanece quase inalterada e reaparece a cada vez que o poder punitivo quer se libertar de todo e qualquer limite e desembocar em um massacre. (ZAFFARONI, 2013, p. 103)

Entretanto, recentemente, a pandemia do COVID-19 foi capaz de influenciar nosso modo de ver mundo e enxergar o próximo, inclusive, quando falamos de punibilidade. Em verdade, o Brasil, país naturalmente tomado pela desigualdade social, e, atualmente, polarizado entre extremas direita e esquerda, sente os efeitos da referida epidemia todos os dias, são mais de 95.078 óbitos registrados e 2.759.436 diagnósticos de Covid-19; o dólar chegou a bater praticamente R\$ 6,00 (seis reais); diversas pessoas perderam seus empregos, sendo que, até

então, a única forma de mitigar parte do dano é a prática medidas de prevenção, normalmente voltadas a proteção do próximo, como por exemplo, o uso de máscaras.

Destarte, por estarmos tratando de um vírus altamente contagioso, que até o presente momento não tem cura, a única forma de nos protegermos é protegendo o outro. Por esta razão, e outros motivos que não convém mencionar no presente trabalho, os governos de diversos estados se viram obrigados a publicar decretos voltados a combater o coronavírus, tornando obrigatória diversas práticas de prevenção.

É em um contexto como esse, que podemos visualizar a limitada capacidade de alguns critérios analíticos de crime, os quais, ao não considerar o significado social do fato, são incapazes de justificar, racional e materialmente, a intervenção penal do estado em diversos casos. Senão vejamos.

Ao analisarmos o Decreto Estadual Paraense nº 729 de 05/05/2020, dispõe sobre a suspensão total de atividades não essenciais (lockdown), no âmbito dos Municípios do Estado do Pará, visando a contenção do avanço descontrolado da pandemia da COVID-19. Neste decreto, o art. 2º e respectivos parágrafos determinam que:

Art. 2º **Fica proibido**, nos Municípios aderentes ao presente Decreto, **a circulação de pessoas**, salvo por motivo de força maior, justificada nos seguintes casos:

I – 1 (uma) pessoa para aquisição de gêneros alimentícios, medicamentos, produtos médico-hospitalares, produtos de limpeza e higiene pessoal;

II – 1 (uma) pessoa para o comparecimento próprio ou de uma pessoa como acompanhante, a consultas ou realização de exames médico hospitalares, nos casos de problemas de saúde;

III – 1 (uma) pessoa para realização de operações de saque e depósito de numerário; e

IV – 1 (uma) pessoa para a realização de trabalho, nos serviços e atividades consideradas essenciais, nos termos do Anexo Único deste Decreto.

§1º Nos casos permitidos de circulação de pessoas **é obrigatório o uso de máscara**.

§3º A circulação de pessoas nos casos permitidos **deverá ser devidamente comprovada, inclusive com a apresentação de documento de identificação oficial com foto**.

§4º Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, **a comprovação deverá ser por documento de identidade funcional/laboral ou outro meio de prova idôneo**.

Destarte, resta muito clara que a imposição de tais obrigações é voltada a impedir a propagação do COVID-19, sendo que, decretos como este foram publicados em diversos Estados Brasileiros. Ocorre que, por motivos que não convém tratar no presente trabalho, diversos brasileiros, deliberadamente, passaram a descumprir as referidas medidas sanitárias preventivas impostas pelos decretos estaduais, o que desencadeou diversas sanções administrativas.

Entretanto, se olharmos sob a perspectiva da teoria tripartida do conceito analítico de crime, *prima facie*, percebemos que a desobediência às obrigações imposta pelos decretos voltados ao combate do COVID-19, se consubstanciam no crime tipificado no artigo 268 do Código Penal Brasileiro, pois, a partir de uma conduta típica, ilícita e culpável, houve o desrespeito às medidas de contenção à propagação do referido agente infeccioso.

Em verdade, em todo o contexto da referida pandemia houveram diversas situações que, sob a perspectiva de uma teoria tripartida, em tese, seriam de relevância criminal, como por exemplo, a desobediência ou desacato às autoridades fiscalizadoras municipais e estaduais (artigos 330 e 331 do Código Penal), o condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial (artigo 135-A do Código Penal) ou mesmo a suposta corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal) praticada por um desembargador paulista que se recusou a usar máscara.

Ocorre que, em diversas situações, como as ocorridas durante a pandemia, a teoria tripartida não é capaz de materializar, racionalmente, a justificação de intervenção penal do Estado em cada caso concreto, sendo plenamente possível pensar na intervenção do direito penal na maioria dos casos supracitados. Contudo, será que uma pessoa que simplesmente esqueceu da máscara necessita / merece ser punida pelo direito penal? Ou mesmo um pequeno vendedor, desesperado pelo sustento do dia a dia, que tenta realizar suas vendas presencialmente durante o chamado lockdown, além da sanção administrativa, também merece ser processado criminalmente por isso?

Assim, é interessante notar que as referidas indagações, podem ser melhor respondidas a partir teoria quadripartida, desenvolvida nos moldes propostos por Andreas Eisele, a qual se consubstancia em um perfeito exemplo de como o direito penal pode ser analisado a partir de perspectivas capazes de materializar a justificação da intervenção do Estado.

Nesse sentido, vejamos o caso do vendedor que, em busca do seu sustento, foi flagrado realizando vendas presenciais durante o chamado lockdown. Em um caso como este, a Teoria Quadripartida desenvolvida por Andreas Eiseles, a partir da já explanada categoria do *merecimento de pena*, é capaz de justificar racionalmente a não intervenção penal do Estado, justificada na irrelevância social da afetação do bem jurídico causado pela conduta do vendedor, pois a saúde pública não se vê gravemente abalada, a partir da conduta individual deste vendedor. Ainda neste raciocínio, nos parece que a própria *necessidade de pena*, oriunda da indispensabilidade ou adequação da sanção criminal para suas finalidades preventivas, tem seu efeito excludente efetivado, em virtude da própria sanção administrativa ser suficiente para coibir condutas individuais como a exemplificada.

O direito penal então passa a ser visto como um placebo para todas as mazelas da sociedade, busca-se por meio da pena alcançar inúmeros fins políticos estranhos ao real objetivo do direito penal que é, justamente, o de assegurar as liberdades. A população é levada a crer que o simples endurecimento de penas, sem nenhuma outra medida, é capaz de reduzir magicamente os problemas da criminalidade ou moldar as condutas dentro de um controle formal como é o direito.

Com essa carga de objetivos alienígenas ao direito penal, este se demonstra cada vez mais ineficaz, bem como a fomentação ainda maior da seletividade penal. pois as normas e sanções legais não são distribuídas igualmente, nesse contexto, vale salientar o contexto envolvendo a conduta de um desembargador paulista que, em plena pandemia, se recusou a usar máscara, e, ainda, utilizou de seu cargo para desacatar os agentes fiscalizadores. Neste caso, analisando apenas sob a ótica do perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do Código Penal), é possível sustentar que os critérios do *merecimento e necessidade de pena* se estabelecem.

Ao valorarmos a relevância social do ilícito penal, percebe-se que, especificamente neste caso concreto, a afetação do bem jurídico *saúde pública* advém não apenas da não utilização de máscara, mas de sua conjugação com todas as condutas voltadas a utilizar do cargo de desembargador para sustentar que “*decreto não é lei*”, inclusive, o fato dele ter conhecimento especializado da área jurídica teve o condão de pôr em dúvida, para diversos leigos, a própria obrigatoriedade dos decretos voltados a prevenção ao COVID-19. Sendo assim, parece que a *saúde pública*, neste caso, foi afetada de maneira muito mais intensa do que no primeiro, sendo latente a danosidade social advinda da afetação à saúde pública pelas mãos do referido servidor público, daí o *merecimento de pena*.

Seguindo para o critério da *necessidade de pena*, em tese não haveria nada para impedir o implemento de seus efeitos de finalidade preventiva, os quais talvez sejam efetivados no sentido de desestimular que outros servidores públicos, também, utilizem em benefício próprio, de prerrogativas (ou mesmo autoridade) que lhe são conferidas apenas para prestar um serviço ao cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi abordado no decorrer deste trabalho, é possível concluir que, o *merecimento de pena* resulta da valoração da afetação do bem jurídico tutelado, devendo integrar a estrutura do delito.

Vimos que a teoria quadripartida sustentada pelo autor Andreas Eiseles salienta ser possível a adequada classificação da afetação do bem jurídico, a partir da inclusão do *merecimento de pena* na estrutura do delito com a adoção da categoria da punibilidade concreta em um conceito quadripartido (ou quadridimensional) do delito, composto pelo fato típico, antijurídico, culpável e punível.

Em verdade, toda a linha de raciocínio desenvolvida pela referida teoria quadripartida pode ser realizada em qualquer contexto factual. Contudo, utilizamos especificamente de

exemplos e fatos ocorridos durante a pandemia do COVID-19, porque eles têm a capacidade de nos fazer perceber e refletir critérios como o *merecimento e necessidade de pena* de uma maneira muito mais palatável, pois, em virtude da mitigação da liberdade, diversas pessoas podem ser vistas violando algum tipo de norma, momento em que a punibilidade se torna uma preocupação comum à todos.

Fato que deve ser sempre objeto de reflexão é: quanto mais inflamamos o sistema punitivo, quanto mais abrimos mão de direitos ou garantias fundamentais em prol de um Estado policial, corremos o risco de sermos tocados pela punição, jamais devemos tirar de foco que Direito deve sempre ser contenção de poder.

Nesse sentido, nos parece que a dificuldade de se aceitar uma teoria quadripartida ou quaisquer outros critérios analíticos de crime capazes de espelhar a realidade social, talvez esteja mais relacionada com a incapacidade do brasileiro se colocar no lugar do próximo, oriunda da enorme desigualdade social existente em nosso país, do que em virtude de alguma inadequação técnica.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

EISELE, Andreas. **A Punibilidade no Conceito de Delito**. Salvador: Editora Juspodvim, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoria de la imputación em derecho penal. Valencia: Tirantlo Blanch, 1999.

LIMA, Isabella. **Desembargador humilha guarda após multa por não usar máscara em SP: 'Analfabeto'**. G1 Santos, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2020/07/19/desembargador-humilha-guarda-apos-multa-por-nao-usar-mascara-em-sp-analfabeto.ghtml>>. Acesso em: 21/07/2020.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal esquematizado**: Parte Geral. v.1. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 12. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

REGIS PRADO, Luiz. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**, volume 1 / – 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.