VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

ROGÉRIO GESTA LEAL

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO

MÁRIO JOÃO FERREIRA MONTE

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Rogério Gesta Leal; Flávia Noversa Loureiro; Mário João Ferreira Monte; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-478-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Criminal. 3. Direito ao público. 4. Delito. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal)..

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o VII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Braga - Portugal, dia 07 e 08 de setembro de 2017 de julho , sob o tema geral: "Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial - atualização e perspectivas, em parceria com a Universidade do Minho através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 11 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Num primeiro momento foi apresentado o artigo intitulado de : A terceira via como resposta penal em prol da tutela ambiental, onde a apresentação teve por objetivo destacar a reparação do dano como resposta penal adequada para a tutela do ambiente. Buscando a reflexão, através das funções do direito penal, sobre um resultado que seja a um só tempo adequado à sociedade e à efetiva integridade do bem difuso. O texto tem como referencial teórico a proposta de Claus Roxin de inserção da reparação do dano como resposta autônoma a ser dada pelo direito penal. O método é teórico e o raciocínio dedutivo. A hipótese é a de que a recomposição ambiental pode ser também alcançada com e pelo direito penal, em seguida Conflito, Determinismo Social e relativização do mal : Traços que unem a dogmatica cidadania e hermeneutica constitucional, onde o autor expôs a importancia de estudo dos países periféricos como o Brasil, em ativismo judicial e até, pasme, acusatório. Isto, por si só,

é algo reprovável. No entanto, ganha contornos, ainda mais fortes, quando se presencia, a partir dos bancos universitários, uma perda dogmática e uma fuga teórica muito acentuada. É daí que se enxerga como cada vez mais urgente sistematizar o arcabouço histórico do direito penal, no sentido de com isso preparar o exegeta de modo firme. Voltado para uma lógica que desenvolve a ideia de um direito penal verdadeiramente cidadão, num terceiro momento tivemos a apresenntação do artigo intitulado Deveres de conservação de dados para fins penais: Uma reflexão sobre a normativa brasileira a partir dos precedentes da Corte de Justiça da Comunidade Européia, onde o estudo do ordenamento jurídico brasileiro se revela acerca dos deveres de conservação de dados para fins de investigação criminal e processo penal. A este efeito, o início do texto destaca a existência de novos riscos tecnológicos e sua influência no âmbito da persecução penal. Após, são examinados os precedentes do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sobre a conservação de dados para fins penais. Ao final, o estudo é direcionado à normativa brasileira, com especial destaque às Leis 12.850/2013 e 12.965/2014.

Por conseguinte tivemos a apresentaçãodo artigo intitulado Direito Internacional e Soberanias: Viabilidade de Integração de valores globais a partir do sistema latino americano, com ênfase na internalização das regras do Tribunal Penal Internacional, o qual aderiu grande parte dos países da América Latina, inclusive o Brasil, traz dúvidas na aplicação de suas regras. Basta que os princípios da Lei Maior prevejam hierarquia e interpenetração com normas internacionais, ou é necessária uma adaptação cultural? Por fim, é perguntado se não seria o caso de, aproveitando as proximidades culturais e de legislação interna, propor alterações constitucionais para a criação de um Tribunal Penal Latino-Americano, dando continuidade aos trabalhos a exposição do artigo A Tipificação Penal do Preconceito Racial no Brasil veio trazendo novas nuances sobre o preconceito racial, especialmente em relação aos afrodescendentes no Brasil, possui fortes raízes históricas e permanece sendo um problema social gravíssimo, que precisa ser enfrentado. A Lei Antirracismo, de 1989, que criminalizou as condutas discriminatórias por motivo de cor de pele ou etnia, ao lado da tipificação da Injúria Racial, em 1997, apresentam fragilidades e parecem insuficientes para proteger o bem jurídico que se propõem a tutelar. Por meio do método dialógico de abordagem e das técnicas de pesquisa bibliográfica novas e jurisprudencial, esse artigo problematiza os obstáculos observados no combate às práticas discriminatórias no âmbito penal e processual penal.

Por conseguinte a coordenadora desse GT trouxe os questionamentos sobre os Limites ao ativismo Judicial em Matéria Criminal: Uma reflexão sibre o aborto de anencéfalos a partir da ADPF número 54, onde a mesma não se discute apenas inconstitucionalidade de um códex, mas a imprescindível efetivação dos direitos fundamentais na pacificação social. O artigo partiu de uma analise critico-reflexiva dos códigos normativos e políticos, sem

contudo deixar de lado a diferenciação entre ativismo judicial e judicializacao. Tem-se por objetivo principal verificar quais os limites da atuação do Judiciario em material penal. Dando prosseguimentoo artigo a ser publicado Nemo Tenetur se Ipsum Accusare - Um absoluto Direito absoluto trouxe o choque entre interesses de eficiência da investigação e administração da Justiça e direitos dos acusados, a questão do conteúdo e limites do princípio nemo tenetur se ipsum accusare coloca-se com ainda maior acuidade. Reconhecido pelos principais diplomas internacionais e direitos processuais penais, independentemente de uma estrutura acusatória ou inquisitória, desafios, maxime colocados por novos e mais desenvolvidos métodos de obtenção de prova e direitos do mundo virtual, agitam as estruturas doutrinais. Mas são a doutrina e a jurisprudência, nos métodos tradicionais, que nos permitem responder àqueles e otimizar o conteúdo e limites do privilégio.

Finalizando os trabalhos tivemos mais quatro artigos apresentados que trouxeram questionamentos importantes como O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: compatibilidade no Direito Penal Brasileiro? Onde o trabalho buscou discutir a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de capitais. É bastante controvertida a delimitação do elemento subjetivo no delito de lavagem de capitais, sobretudo no que tange à admissibilidade do dolo eventual. Nessa linha, discute-se a possibilidade de inclusão ou adaptação da cegueira deliberada (Wilful blindness) no direito brasileiro, seja como uma forma equiparada ao dolo eventual, seja como um elemento subjetivo próprio e autônomo, logo em seguida a apresentação se baseou no artigo sobre O Populismo penal e o ativismo judicial punitivista - A delação premiada como falsa harmonização do sistema de justiça penal em sociedades plurais e não reflexivas onde se examina o conflito entre a criminalização primária simbólica face o atual ativismo judicial punitivista com falsa sensação que o sistema de justiça penal é eficiente e produz resultados. Parte-se da premissa que em sociedades plurais, multiculturais e pouco reflexivas, aliado a crise do Estado-jurisdição em vários países, o instituto da delação premiada acaba por assegurar uma falsa verdade real com o espectro de afastar dilemas morais historicamente relacionados a figura do traidor para a elucidação e ruptura da organização criminosa. A penúltima apresentação trata do assunto O Supremo Tribunal Federal e o Aborto: Houve a descriminalização Parcial no Acórdão do HC número 124.306/RJ? Que veio analisar o acórdão do STF que, no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, firmou o entendimento de que, até os três meses de gestação, a antecipação do parto não configuraria os crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal. O caso será analisado sob sua perspectiva processual, verificando-se se o julgamento pode ser encarado como uma efetiva descriminalização, no caso concreto ou erga omnes. Para tanto, será utilizado como base o procedimento e a extensão do julgamento da ADPF nº 54, do mesmo Tribunal, que afastou o crime no caso de aborto de feto anencéfalo.

Por derradeiro o artigo apresentado foi sobre a Valoração da Ação Intersubjetivamente Significativa na Dogmática Jurídico Penal, onde vemos que o Direito Penal exerce a função de controle social formal através da determinação de um núcleo de proibição comportamental. Através de tal função, evidencia-se o objeto desse estudo: a valoração da conduta humana na teoria do delito. O objetivo é analisar o rendimento do conceito de ação capaz de atribuir unidade ao fundamento das expressões do fato punível. A crítica racional da ação, base às categorias que integram as construções dogmáticas, justifica o estudo. Por um viés metodológico dedutivo, a análise se constrói com a compreensão filosófica da ação humana, apreendida pelas construções dogmáticas na teoria do delito.

Assim demos encerramento as apresentações e aos debates do Grupo de Trabalho, parabenizando e agradecendo aos autores dos trabalhos que compõe essa obra pela valiosa contribuição cientifica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Coordenadores(as):

Mário Monte (UMinho)

Flávia Loureiro (UMinho)

Rogério Gesta Leal (Unoesc)

Vladia Maria de Moura Soares (UFMT)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONFLITO, DETERMINISMO SOCIAL E RELATIVIZAÇÃO DO MAL: TRAÇOS QUE UNEM DOGMÁTICA, CIDADANIA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

CONFLICT, SOCIAL DETERMINISM AND RELATIVIZATION OF EVIL: TRAITS THAT UNITE DOGMATICS, CITIZENSHIP AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato

Resumo

Recentemente, fala-se muito, em países periféricos como o Brasil, em ativismo judicial e até, pasme, acusatório. Isto, por si só, é algo reprovável. No entanto, ganha contornos, ainda mais fortes, quando se presencia, a partir dos bancos universitários, uma perda dogmática e uma fuga teórica muito acentuada. É daí que se enxerga como cada vez mais urgente sistematizar o arcabouço histórico do direito penal, no sentido de com isso preparar o exegeta de modo firme. Voltado para uma lógica que desenvolve a ideia de um direito penal verdadeiramente cidadão.

Palavras-chave: Direito penal, Dogmática, Sistemas, Constituição, Democracia, Funcionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

Recently, there is much talk, in peripheral countries such as Brazil, in judicial activism and even, amaze, accusatory. This, by itself, is something reprehensible. However, it is even more strongly contrived when, from the university banks, there is a dogmatic loss and a very serious theoretical escape. This is why it is increasingly necessary to systematize the historical framework of criminal law in order to prepare the exegete firmly. Aimed in a logic which develops the idea of a truly citizen's criminal law,

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Dogmatic, Systems, Constitution, Democracy, Functionalism

INTRODUÇÃO

O certo é que há um incremento de decisões monocráticas ou de colegiados, na Cortes de países emergentes como o Brasil, seja o Supremo Tribunal Federal seja o Tribunal de Justiça de uma área menos relevante, que se preocupam apenas com métodos e procedimentos quantitativos, capazes de provocar um comprometimento teórico e uma fetichização do discurso jurídico.

Não é sem motivo, e de todo inválida, a crítica de Lenio Streck quando sinaliza que tais decisões nos encaminham a um mundo onde a dogmática será um verdadeiro *prêt-a-porter*. Tudo, capitaneado por um tipo de intelectual sem densidade ou compromisso científico que considera digno o aplauso que só desmistifica e vitupera.

Fato grave, ainda mais, quando se adentra na seara juírico penal. Ambiente em que a democracia dos modernos não é vontade de maioria, mas a defesa aos direitos mínimos das minorias, traduzidos no necessário respeito as leis e aos contornos inquebrantáveis da dogmatica penal, tantas e tantas vezes, lembrado por Liszt.

Sem dúvida, a promoção do desenvolvimento social de uma comunidade se dá com a rígida exposição e apreensão do direito (SANTOS, 2000, pp. 133 e ss.). E reside aí o objetivo deste artigo. Contextualizar as correntes do pensamento jurídico-penal, permitindo a compreensão dos novos paradigmas que norteiam tal pensamento, nesta sociedade reconhecida [por um termo muito caro a Ulrich Beck (1999, pp. 13 e ss.)] como uma sociedade do risco (*Risikogesellchaft*).

Iniciaremos por revisitar termos como doutrina, dogmática. Tudo sob o enfoque de um sistema de palavras que deu aos penalistas um consistente alicerce teórico, fundado em princípios, como o da legalidade ou proporcionalidade.

Termos essenciais e suporte relevante, especialmente quando o momento se caracteriza por incertezas e por uma erupção de atividades neocriminalizadoras. Bases, convenhamos, demasiadamente pródigas em idiossincrasias e matizes histórico-sociais.

Para tanto, trabalharemos o significado do termo “sistema teórico-penal” e em breves linhas comentaremos sobre os reflexos de tais pensamentos na história da dogmática.

Faremos tudo isto, perspectivando as diferenças entre a dogmática, a política criminal e a criminologia. Sempre com esse referido necessário rigor metodológico. Útil para traçarmos não só as principais ideias que desenharam o arcabouço ou esqueleto do que chamamos de dogmática penal, mas também os temas mais importantes que hoje fomentam as discussões da doutrina, mais forte em qualidade.

1 FUNCIONALISMO SUPERVALORADO? SUAS CAUSAS ENTRE AS TESES DE UM MAIOR DETALHAMENTO SISTÊMICO E DE COMPLETA EXTINÇÃO DO DIREITO PENAL.

Se é verdade que sem a ignorância, não se tem aquele ponto de partida, capaz de nos proporcionar a exigência implícita, instigante e desencadeadora da dúvida *raisonée*, não a reconhecer é pecado de morte.

E este foi o motivo (até antevendo o contexto jurídico analítico traçado por Welzel), que, em fins do século XIX, von Liszt nos legou a extensa expressão: ciência conjunta do direito penal (*Gesamtestrafrechtwissenchaft*); contextualizando, nesta as disciplinas: criminologia, política-criminal e dogmática penal.

Três palavras responsáveis, ao seu modo, por desenvolver uma discussão e também por traçar soluções muito específicas aos problemas do crime (FIANDACA e MUSCO, 2010, pp. 07 e ss.). E falamos ao seu modo, pois o método que os estudiosos usam para compreendê-las e as respostas que as mesmas nos ajudam a encontrar são distintas.

Nunca é demais registrar as diferenças. Conforme nos ensina Figueiredo Dias (2004, pp. 17 e ss.), a política criminal, através de um método indutivo, trata dos efeitos das penas aplicadas aos crimes. Se uma determinada pena, imposta a um crime, será eficaz ou não.

A dogmática preocupa-se em estabelecer o que é o crime e o que é a pena, por meio de um sistema lógico de palavras, estabelecido através de princípios, axiomas e cânones compreensivos, aplicado de uma maneira dedutiva pelos exegetas. Os mesmos, quando estudantes, são doutrinados passo a passo a segui-lo.

Por fim, tem-se a criminologia. Esta se debruça sobre as causas dos crimes também de uma maneira indutiva, alcançada por técnicas de investigação, utilizadas segundo as mais diversas teorias que enfocam referidas causas através do homem-delinquente ou da sociedade criminógena.

Não obstante essas diferenças, vislumbradas na particularidade dos métodos que envolvem esses três ramos da *Gesamte*, pode-se afirmar que são muitos os laços que unem todas essas perspectivas, enredadas no problema da delinquência.

E se tal união é propugnada atualmente à exaustão pelo funcionalismo, tal realidade, que hoje atinge a jurisprudência de inúmeros países, como, por exemplo, o Brasil, deve-se, sem dúvida a excessiva preocupação aos detalhes, iniciada por Liszt e assombrosamente, desenvolvida por Welzel, em meados do Século XX.

Como se sabe, a ideia normativa de culpabilidade, dada pelo finalismo acabou por ser também absorvida pela lógica utilitária. E se vê isso, sobretudo, no momento em que este não conseguiu superar teses como a de Roxin, de inexistência de um aspecto antropológico que venha a contribuir para a construção de uma segura e decisiva influência valorativa.

De fato, esse detalhamento sistêmico ou positivismo burocrático, que, fez surgir o estado de necessidade exculpante ou extralegal, nas lúcidas lições de Bettiol, foi tão condenado a morte quanto o positivismo criminológico de Ferri ou Lombroso. Pois, restringiu o direito penal ao campo do puro terreno dos fatos, deitando-o sobre uma mesa anatómica, onde a personalidade moral do homem é uma recordação distante.

Não há dúvida que o caminho seguido, limitou-se a um minucioso processo (*Sachlogische Strukturen*) que retirou a essência pré-jurídica do dolo, negligenciou referências conceituais e afastou, como dito acima, a necessidade de termos parâmetros igualmente materiais para a percepção de mecanismos como a ilicitude.

Ao não nos aproximar dos problemas de nosso dia a dia gerou comentários como os de Castanheira Neves (1993, pp. 191 e ss.): "Quando se pretendeu como uma desdogmatizante superação de uma cultura, fez-se como uma fechada dogmatização ou como um arabesco apto a satisfazer aquele tipo de pretensão estética destituída de função e praticidade". Ou do próprio Roxin e Figueiredo Dias (2004, pp. 17 e ss.), ao registrarem que a palavra sistema penal é algo mais do que um conjunto de conceitos e classificações ou de uma história que só reflete uma simples migração de palavras de um a outro espaço topográfico, fundando-a em bases pincipiológicas, político-criminais ou por palavras apenas justas e comportáveis.

Foi esse o contexto que nos encaminhou a um pobre jurisprudencialismo extremamente limitado ao encantamento das conhecidas justificativas de teor marxista. Normalmente absorvidas pela ideia de que a sociedade, ao se responsabilizar por suas gravíssimas disfunções, estimulam o evento criminoso.

Uma falta de rigor nas decisões e nas análises dos casos concretos que ganham um contorno de um positivismo-periculoso, eis que pulverizados e dispersos em diferentes sistematizações e rubricas, não reveladoras da forma como devemos nos afastar, com segurança e cautela, valendo-nos das palavras de Costa Andrade (2004, p. 229), daquele período tido sob a "égide de Apolo". Ou dito de um modo diferente, daquele horizonte em que as soluções emergem como definitivamente decantadas, sedimentadas e em equilíbrio, vivenciando, por outro lado e mais ao fundo, os "tempos de Dionísio".

Não nos custa ver que a questão sobre o que há de mais brando ou mais eficaz que o direito penal, encaminhou-nos a uma lógica utilitária de custo e benefício que enrijeceu a

interpretação penal, incrementando decisões que salvaguardam a eficiência em prol de garantias. Aumentou-se o número de prisões provisórias ou condenações definitivas às penas privativas de liberdade, em regime fechado.

Tudo, fruto de uma lógica utilitária, que, de início, por mais incrível que pareça, fundamentou o abolicionismo penal. Até porque, como registra Costa Andrade, o discurso que enrijeceu e o outro que objetivava a relativização do mal, caminharam por um apologético sistema social.

Hoje, já é pacífico que a ideia de supressão do direito penal, defendida por autores como Hulsman, Barbara Wooton, Pasukanys ou Krylenko, que legitimava alternativas a modelos de controle e soluções de conflito formais e abstratos, pelos quais se evitaria o uso de penas privativas de liberdade, até mesmo pela compaixão que esta gera perante o delinquente, tem o mesmo nascedouro das sugestões de caráter preventivo que Roxin defendeu em fins do Século XX.

Um discurso que pôs as garantias em xeque, mas que trouxe vantagens, por óbvio. Não se nega as contribuições dadas pela mais forte doutrina, na década de setenta do século passado, sobretudo no âmbito da dogmática.

Não há como não registrar que se deve aos funcionalistas a equivalência dos referidos ramos da dita ciência conjunta. Com eles, começou a ser esses termos tratados em um contexto de cooperação que substituiu "o tempo da ignorância mútua, própria de *frères ennemis*" (DIAS, 2004, pp. 17 e ss.). Ou, com outras palavras, o tempo em que se estudava a política-criminal, a dogmática e a criminologia sem um liame que as unisse ou mostrasse os reflexos que os movimentos de uma ou de outra geram no conjunto dos estudos que se debruçam sobre o problema do desvio social.

E não é difícil apreendermos os benefícios gerados daí. Vividos nas últimas décadas, por meio de um aumento do número de estudos sobre o papel da vítima, alcance e autonomia da vitimologia, implantação de uma justiça restaurativa ou de proximidade, políticas de despenalização, diversão e descriminalização.

Benefícios vividos também por polêmicas, testemunhadas nas propostas de guerra ao crime, direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*), presentes nas doutrinas abalizadas de Jakobs e Cancio Meliá (2005, pp. 05 e ss.). Ou de direito penal de terceira velocidade, vista nos trabalhos de Silva Sanchez (1992. pp. 30 e ss.).

Daí Zaffaroni (1999. pp. 233 e ss.) nos ensinar que a contextualização filosófica e histórica do conjunto das ciências que integram a *Gesamte* é o melhor modo para apreendermos de uma maneira real o problema da criminalidade. Respondermos à questão por

nós colocada no frontispício dessa pesquisa: é a dogmática uma barreira tão inquebrantável que se faz como uma baliza ou muralha à hermenêutica constitucional?

Antes de respondermos a essa indagação, que, bem podia ser feita considerando-se dar um peso maior a eficiência em prol da garantia, façamos um delineamento histórico das ideias que nortearam a dogmática.

Passemos a enxergar, se, de fato, quando se multiplicam os fatores de instabilidade e os sinais de desordem; em que não são claros os prenúncios dos novos paradigmas, ficam evidentes os indícios denunciadores do ocaso dos paradigmas herdados. Será que tudo, realmente, nos conduz ao epílogo de certezas, que, a cada dia que passa, são menos plausíveis neste mundo de hoje, cultural e moralmente pluralizado?

2 VARIANTES DO POSITIVISMO: BECCARIA COMO MARCO HISTÓRICO E O CONTEXTO DAS LUTAS ENTRE A ESCOLA DA EXEGESE, CIENTÍFICA E DOS INTERESSES

Debrucemo-nos sobre a história da sistemática penal. A fim de, após esse traçado histórico, repararmos que a linha edificadora da dogmática não desprestigia os ditos mecanismos de controle formais ou abstratos, mas os dá relevância em tempos como os de hoje.

As teorias que circundam o ambiente político criminal geram um contexto fluído, tal o numero dos enfoques que apareceram nesses últimos duzentos anos. Sem dúvida, não é fácil uma sistematização, embora isso seja diferente do que ocorre com o direito penal. Não é de todo incorreto estabelecermos que o grande marco de virada das ciências penais está na publicação do pequeno tratado de Beccaria: *Dos delitos e das penas* (CATTANEO, 1974, pp. 03 e ss.; CÂMARA, 2003, pp. 05 e ss.).

Nele, Beccaria nos deu o mote para um direito penal secular, fundado na ideia de culpa como responsabilidade subjetiva, de proibição de regresso e de que a pena não é feita para se vingar, mas para prevenir a prática de outros crimes.

Na verdade, foi com tal condição que Beccaria, embebido nas lições dos enciclopedistas franceses (dentre os quais Voltaire), fez surgir o cânone compreensivo de verniz utilitário que nos acompanha como sendo o nosso paradigma dominante.

De fato, a sua obra iniciou um franco debate sobre a necessidade de humanização e racionalização das ideias que circundam o exegeta ou as agências de controle denominadas por Baratta (2002, pp. 05 e ss.) como agências de controle de segundo grau.

Não nos custa muito registrar que foi de tal obra que Feuerbach partiu para edificar o código penal da Baviera no começo do século XIX. Um modelo de legislação que dá início a um período científico para o direito penal (DIAS, 1988, pp. 05 e ss.).

Em que as faculdades alemãs e italianas começam a discutir a necessidade de preparar os exegetas para interpretarem ditos textos legais. Para os franceses, adeptos da Escola da Exegese, tal distanciamento seria praticamente inviável. Já para os alemães e italianos, adeptos da possibilidade da interpretação e não da mera memorização da letra da lei, por parte dos operadores do direito, fundados na Escola Histórica (Savigny), Científica (Geny) ou de Interesses (Heck), isto era mais que viável (...) era necessário.

Até porque, a lei, para eles, seria algo que se colocaria para trás, quando a justiça seria (no sentido que, por fim, deu-nos Heidegger) um *a-caminho*. Colocar-se-ia (como também nos fez ver Derrida) à frente, pontuada nos argumentos utilizados pelo exegeta no momento da decisão do caso concreto (NEVES, 1995, pp. 76 e ss.).

Foi um período em que realmente se indagou como interpretar sem permitir o subjetivismo ou o arbítrio. Preocupação que fez com que as doutrinas alemã e italiana desenvolvessem todo um sistema de palavras, seguindo um método cartesiano de conceitos e classificações, edificados de uma maneira lógica tal qual a planta de Lineu (ROXIN, 2000, pp. 05 e ss.).

Essa doutrina edificou as teorias do crime e pena, fazendo surgir à dogmática penal ou, segundo Costa Andrade (2004, pp. 77 e ss.), "uma das maiores dádivas do iluminismo". Uma verdadeira anatomia jurídica do delito, segundo Ferri e também Bettiol (1967. pp. 05 e ss.).

Um conjunto de palavras concatenadas de uma maneira lógica que servia para doutrinar o estudioso do direito. Ou fazer dele, segundo as palavras de Habermas (2002, pp. 05 e ss.) e Lhumann (1999, pp. 05 e ss.), um elo entre o problema e o sistema. Sempre expressas por meio do conceito do crime, objeto de tutela (bens jurídicos), classificação, elementos do crime (conduta, nexo, resultado) e requisitos. Tudo chamado de elementos intradogmáticos. Trabalhados no contexto das universidades, sob os auspícios de professores do nível intelectual de Liszt e Carrara (FREITAS, 2001, pp. 90 e ss.).

3 PERCEPÇÃO NATURALISTA DO SISTEMA CAUSALISTA: CONSTRUÇÃO DE AMARRAS HERMENÊUTICAS, A PARTIR DA REALIDADE FÁTICA

Carrara seguia uma linha mais científica que a de Lizst. Todavia, os dois, conjuntamente, foram os responsáveis por edificar o primeiro sistema teórico chamado de

causalista. As ditas amarras que hoje se coloca em xeque nas mais diversas interpretações jurisprudenciais

Na verdade, é a dogmática penal um mero jogo de palavras, esquematizadas através de conceitos, classificações e elementos, cujo mote é o vínculo destas mesmas palavras à realidade.

Algo fácil de perceber logo no ponto classificações dos crimes. Reparemos, por exemplo, que o homicídio é um crime material quanto ao resultado. Ou seja, vejamos que não é necessário recorrermos à lei ou a uma abstração para chegarmos a essa conclusão.

A própria natureza ou realidade do ato de matar nos transmite tal dedução. Ao atirar em alguém, certamente, nem sempre se mata. Com outras palavras, o resultado nem sempre coincide com a ação em crimes como esse.

Uma ideia que perdurou até meados do século XX, quando autores como Birnbaum trocou o termo "viver" pela palavra "vida", ao estudar o bem jurídico, ou outros autores como Frank, Beling, Graf zu Dohna estabeleceram novos marcos para a culpabilidade, consciência da ilicitude etc.; demonstrando-nos ser necessária uma percepção mais normativa do contexto jurídico penal. Até porque, segundo defendiam estes últimos autores: os melhores argumentos às vezes fogem das amarras da natureza (GRECO, 2000, pp. 93 e ss.).

Um pensamento que remonta à Kant, mais especificamente a sua obra seminal *Crítica da razão prática*.

Para eles, o argumento mais convincente se apresenta não só na lei moral que está dentro de nós, mas também no céu estrelado que está acima de nós. Naquilo que não podemos ver ou comprovar que existe, que não é físico, mas que também não provamos que não existe e por isto, pode-se ter como algo verdadeiro. Falavam na metafísica.

Considere-se o exemplo de um médico que não atende uma criança podendo fazê-lo. Ele não deve ser condenado por uma omissão de socorro. A sociedade não se satisfará com a pena aí prevista, muito embora, pela natureza (ou realidade) do ato, foi isso que ocorreu. Tão só uma omissão de socorro.

Foi por meio dessas propostas que a doutrina fez surgir outros argumentos. Assim, sob a égide da metafísica, construiu-se na dogmática a omissão imprópria, que nada mais é que o dever de agir por uma imposição normativa, estabelecendo, por exemplo, que nesses casos o médico deva ser punido pelo homicídio.

Assim também, fizeram-se surgir outros elementos intradogmáticos como a previsibilidade para a conduta, a adequação como uma proibição de regresso para o nexo de causalidade ou, indo para os dias de hoje, a autoria de escritório e a imputação objetiva

[atualmente vista como um verdadeiro princípio, segundo Palazzo (1996, pp. 05 e ss.) e Faria Costa (2007. pp. 05 e ss.), ou mesmo] vista como uma revolucionária teoria que transformou esse dito nexo de causalidade em nexo de imputação, impingindo-o dois requisitos: risco não permitido e incidência desse mesmo risco não permitido ao caso concreto.

Tudo, sintetizando um caminho que – valendo-nos das lúcidas palavras de Roxin (2000, pp. 05 e ss.), transcritas no final da sua paradigmática obra, *Política criminal e sistema penal* (*Kriminalpolitik und Strafrechtsistem*) – nos faz reconhecer o quanto, cada vez mais, precisamos trazer Kant para o direito penal.

Ideias, que, para alguns autores, especialmente no Brasil, fizeram surgir um novo sistema jurídico penal, concretizado, ao final pela Escola Finalista, em meados do século XX (WELZEL, 2001, pp. 05 e ss.).

4 WELZEL E O FINALISMO: ESQUEMATIZAÇÃO ANALÍTICA DAS AMARRAS HERMENÊUTICAS

Com um Welzel influenciado pelo relativismo de Einstein e o princípio da incerteza de Max Planc, defendeu-se a tese de que o fundamento para a edificação do sistema dogmático não era este senso de realidade, mas o método.

Assim, conseguir-se-ia que o juiz compreendesse melhor os problemas, revelando-nos uma mais nítida sinalização de justiça.

Com efeito, há de vermos que para uma parte da doutrina tal proposta foi o ápice da sistematização do direito penal. Algo que não deixa de ter o seu cunho de verdade, pois, em síntese, Welzel ressistematizou o direito penal.

Até porque, se para o sistema causalista o crime tinha dois requisitos (fato típico, como requisito objetivo, e culpabilidade, como requisito subjetivo) para o sistema inaugurado por Welzel (denominado por ele mesmo de finalismo) o crime tinha três requisitos: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade (TAVARES, 2000, pp. 05 e ss.). Todos extremamente detalhados por elementos, condições e excludentes.

Sempre vale o registro que Welzel, seguindo a lógica kantiana, demonstrou-nos que a dita parte subjetiva, integrada pelos elementos dolo e culpa, deveria ser vista no momento em que o exegeta iria fazer o exercício de subsunção típica ou análise da tipicidade de uma conduta. Ou seja, ele, na sua obra *Um novo sistema penal*, sugeriu-nos, que, ao se olhar só para o resultado não se consegue, por exemplo, distinguir um disparo de arma de fogo de um homicídio tentado. Algo que para ele só se consegue através do elemento subjetivo.

Daí ter nos demonstrado que o dolo e a culpa deveriam integrar o primeiro elemento do crime, o fato típico. E que o segundo elemento deveria ser a antijuridicidade ou a ilicitude e o terceiro a culpabilidade. Instituto não fundado em padrões naturalistas (ou ditados pela realidade), mas de acordo com uma contextualização normativa (ou metafísica), fincada nos seguintes elementos: potencial consciência da ilicitude, exigência de conduta diversa e imputabilidade.

Em resumo, a partir de Welzel o juiz passou a ver o crime quando constatava que o fato é: (1º) típico; (2º) antijurídico, já que não houve o contraponto da legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito; (3º) culpável, já que também não houve o contraponto do erro de tipo e de proibição, da coação moral irresistível ou obediência à ordem hierárquica superior não manifestamente ilegal, da menoridade ou doença mental.

Ideias que perduraram até os fins do século passado com o advento das posições de Roxin, que, nos fizeram ver que o sistema finalista precisava ser flexibilizado. Ou seja, que nos fez ver como necessário uma relativização que nos levasse a introduzir ao sistema legal o sistema social, unindo os termos indissociáveis do Estado de direito e do Estado de bem estar.

5 ROXIN: A LÓGICA RESTRITA A POLÍTICA CRIMINAL E OS NOVOS PARADIGMAS

De antemão, reparemos para a questão central da doutrina de Roxin: Como fazer tal flexibilização sem trair o sistema? Ou seja, olhemos que Roxin não olvidava a importância da construção dogmática narrada acima. Tanto assim, que, em muitos dos seus escritos, realçava o quão relevante era a ideia de que a sociedade não poderia se voltar ao delinquente sem lhe conceder o direito de uma punição que respeite os pressupostos do direito penal e os limites legais.

Algo, que, como dito, Tribunais, como os do Brasil vem relegando a um segundo plano em prol da eficiência. Vejamos a discussão, até então inconclusa, do Recurso Extraordinário no Agravo de n. 848.107, com repercussão geral, cuja relatoria cabe ao Ministro Luís Roberto Barroso. Neste se diz que o termo inicial da prescrição da pretensão executória seria o trânsito em julgado para ambas as partes, sob o argumento que a não apelação por parte do Ministério Público significa nada mais que uma mera preclusão, eis que poderia a acusação recorrer depois caso não se satisfizesse do que foi decidido pelas instâncias recursais.

Ora, isto não feriria de morte só a segurança jurídica de se ter de repente uma *reformatio in pejus*, quando só a defesa exerce o seu direito de recorrer, mas também enterraria de vez as prescrições retroativa e intercorrente fundadas no advento da pena em concreto que pode ser usada, a partir da inercia em apelar do órgão acusatório.

Esse desrespeito não foi em momento algum defendido no funcionalismo. Lembremos, que, orientado por preceitos luhmanianos Roxin ponderou que o próprio sistema possui válvulas de escape que nos aproxima da realidade (Sim! Como um exercício de autopoiese). Mas que isso é feito o respeitando.

Roxin nos falou em trocarmos os fins dos elementos intradogmáticos ou das estruturas lógicas welzelianas pela função do todo que, *in casu*, é a função do próprio direito penal (ROXIN, 2000, pp. 05 e ss.). Entendendo-se aqui como função a prevenção dos crimes [geral, preconizada por Beccaria, especial, defendida por Liszt (1995, pp. 14 e ss.), em seu programa de Marburgo].

Ora, foi por tal ótica que Roxin nos sugeriu que fosse dado um novo perfil ao citado estado de necessidade, partindo da ideia de que a exigência de conduta diversa não poderia estar restrita ao contraponto da coação moral ou da obediência a ordem hierárquica superior não manifestamente ilegal.

Registre-se que Roxin nos propôs dever o referido elemento ser perspectivado pela necessidade ou não de prevenção. Destarte, disse-nos que os requisitos fossem acrescidos para o número de quatro, passando o último a ser integrado apenas por dita exigência de conduta diversa.

Proposta, repita-se sempre, não aceita, embora a doutrina predominante, ao final, tenha resolvido usá-la para redimensionar a exigência de conduta diversa à luz da prevenção, criando a mencionada figura do estado de necessidade exculpante (DIAS, 2004, pp. 119 e ss.).

Um ponto teórico, que, acrescente-se, ao lado da imputação objetiva, constitui uma das mais significativas contribuições de Roxin. Até reforçando também o seu mais conhecido contributo, plasmado no princípio da insignificância. Um dos passos mais impressivos para a satisfação desse eterno desejo de alcançarmos um conceito material de crime.

Um conceito que é hoje palco de inúmeras discussões. Cite-se o que nos foi detalhado por Figueiredo Dias, exigindo-nos que condicionemos a dogmática penal às exigências de um sistema jurídico-constitucional. Ou, com outras palavras, que tomemos por referência a hermenêutica constitucional (*Wertrationalität*) antes de se ver as razões de prevenção (*Zweckrationalität*).

Pois, para Figueiredo Dias, só os ataques aos bens jurídicos que possuem dignidade constitucional é que poderiam ser objeto de discussão no âmbito jurídico-penal (ANDRADE, 1992. pp. 05 e ss.).

Um ponto que influenciou muitos autores brasileiros e italianos. Todavia, na Itália ganhe força uma concepção chamada de nova concepção realista, onde se discute a dimensão do princípio da ofensividade como pressuposto às razões e prevenção. Citem-se como exemplos desta última tese os trabalhos dos seguintes autores: Palazzo, Marinucci, Musco, Fiandaca, Dolcini, Pagliaro, Paliero, Fiore e Stella (FIANDACA e MUSCO, 2006, pp. 90 e ss.).

Em Portugal atualmente ganha azo também teses ainda mais inovadoras como a de se dar a ofensividade o estatuto de cânone compreensivo. Uma corrente liderada por Faria Costa (2000. pp. 90 e ss.) [um doutrinador seguido no Brasil por uma série de jovens autores como, por exemplo, Fábio Roberto D'Avila (2006, pp. 11 e ss.)], baseada na necessidade de o direito penal ter de se voltar mais um pouco para o aspecto onto-antropológico. Fundado nas premissas de existir uma relação matricial denominada pelo mesmo de cuidado-de-perigo.

Um ponto negligenciado pelo causalismo (que dava relevo ao resultado), finalismo (que era ontológico, mas preso demais ao contexto formal) e também pelo funcionalismo, que, inclusive, leva-nos ao risco de instrumentalizarmos a pessoa do infrator, enaltecendo bem mais a pena e as suas funções do que a culpabilidade. E que por isso mesmo desagua em situações de absurdo desrespeito como as acima descritas.

Marco teórico que ganha ressonância também em trabalhos como os de Vives Anton na Espanha. E combate, sobretudo, aquelas posições, as quais, já se registrou uma ampla rejeição como a do direito penal nuclear (*Kernstrafrecht*), defendida pelo que hoje se chama de Escola de Frankfurt (JAKOBS e CANCIO MELIÁ, 2005, pp. 17 e ss.; KINDHÄUSER, 1996, pp. 05 e ss.).

Todos, trabalhos que até enxergam o crime, para lá da sua construção formal, perspectivando a real ofensa aos bens jurídicos, mas que, nem por isso, ferem de morte as barreiras dos pressupostos traçados por Liszt, algo que limita a até a mais forte hermenêutica que é a constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aumento da criminalidade não só pode nos fazer vivenciar uma política de *law and order*. É preciso reconhecer que existe um novo tipo de criminalidade e que a compreensão

dela exige respostas novas e eficazes. Precisamos de segurança nesse tempo turvo. Só dessa maneira integraremos ainda mais a *Gesamte* patrocinando um mundo verdadeiramente justo. De traço firme. E o começo é percebermos que esses marcos teóricos tanto são mais do que construções a areia que até o funcionalismo não ousou ultrapassá-los.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. "Constituição e legitimação do direito penal". *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. AAVV. Rio de Janeiro. Renovar. 2004.

_____. *Consentimento e acordo* em direito penal. Reimpressão. Coimbra. Coimbra Editora. 2004. P. 229.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal* (Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Título original: *Criminologia critica e critica del diritto penale*). 3ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2002.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. *Hacia una nueva modernidad* (Sem referência ao tradutor ou título original). Barcelona-Buenos Aires-México. Paidós. 1999.

BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal* (Tradução de Fernando de Miranda. Sem referência ao título original). Coimbra. Coimbra Editora. 1967.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal na era da globalização*. Vol. 10. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002.

CÂMARA, Guilherme Costa. "Beccaria e o pensamento jurídico criminal. *RBCCRIM*. Ano 11. nº 44. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003.

CATTANEO, Mario A. *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*. Ferrara. Editrice Universitaria. 1974.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra. Coimbra Editora. 2000.

_____. *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis*. Coimbra. Coimbra Editora. 2007.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. "O inimigo no direito penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica". *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "Carrara e o paradigma penal actual. Uma leitura a partir da experiência portuguesa". *RDE*. Coimbra. 1988.

_____. *Direito penal*. Tomo I. Coimbra. Coimbra editora. 2004.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal* (Tradução de Paolo Capitanio. Sem referência ao título original). 2ª ed. Campinas. Bookseller. 1999.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte generale. Quarta edizione. Bologna. 2010.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade*. São Paulo. Juarez de Oliveira. 2001.

GRECO, Luís. "Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de política criminal e sistema jurídico penal de Roxin". *RFDUB - UNB*. 7. 2000.

GUNTHER, Jakobs; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo. Noções e críticas* (Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2005.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade* (Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. Título original: *Der Philosophische Diskurs der Moderne*). São Paulo. Martins Fontes. 2002.

KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conduta peligrosa* (Traudução de Claudia Lopez Diaz. Sem referência ao título original). Bogota. Universidad Externado de Colombia. 1996.

LISZT, Franz von. *La idea del fin en el derecho penal* (Tradução de Carlos Perez del Valle. Título original: *Der Zweekgedanke im Strafrecht*). Granada. Editorial Comares. 1995.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I* (Tradução de Gustavo Bayer. Título original: *Rechtssociologie 1*). Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro. 1999.

NEVES, A. Castanheira. Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. Coimbra. Coimbra Editora. 1995.

_____. Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 2. Coimbra. Coimbra Editora. 1995.

PALAZZO, Francesco. "Sulle funzione delle norme definitorie". *Il problema delle definizione legali nel diritto penale* (Studi coordenati da Alberto Cadoppi). AAVV. Padova. CEDAM. 1996.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal* (Tradução de Luís Greco. Sem referência ao título original). São Paulo. Renovar. 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência.* Volume 1. Lisboa. Cortez Editora. 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona. BOSCH. 1992.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* Belo Horizonte. Del Rey. 2000.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal* (Tradução de Luiz Regis Prado. Sem referência ao título original). São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal.* Parte geral. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999.