

O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E O RIGOR NA COMPREENSÃO DO DIREITO PENAL DO FUTURO

*Felipe Negreiros**

Resumo: Recentemente está sendo difundida a ideia de que vivemos uma perda dogmática e uma fuga teórica. Assim, fica cada vez mais urgente sistematizar o arcabouço histórico do direito penal, no sentido de com isso preparar um exegeta mais firme e seguro, voltado não para a lógica repressiva de luta contra o inimigo, mas para a que desenvolve a ideia de um direito penal cidadão.

Palavras-chave: Direito Penal. Dogmática. Sistemas. Política Criminal

Abstract: Recently the idea has been spreading that we live in a dogmatic loss and a theoretical leakage. Thus, it becomes urgent increasingly to systematize the historic framework of the criminal law, in the sense of preparing a harder and safer exegete, not back to the repressive logic of fighting with the enemy, but for developing of the idea of a citizen criminal law.

Keywords: Criminal Law. Dogmatic. Systems. Criminal Policy.

1 Introdução

Já está consolidada a ideia de que só os intérpretes que mais conhecem as teorias exercem de uma maneira justa os seus ofícios. Daí não termos dúvidas de que uma das formas da ordem jurídica poder auxiliar a promoção do desenvolvimento social de uma comunidade se dá com a rígida exposição e apreensão do direito¹. E é

* Professor adjunto de direito penal do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ) e do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre e Doutor em ciências jurídico-penais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Advogado.

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente:** Contra o desperdício da experiência. Volume 1. Lisboa: Cortez, 2000, p. 133 e ss.

daí também que reside 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 Beck²) como uma sociedade do risco (*Risikogesellschaft*). Para tanto, trabalharemos o significado do termo “sistema teórico-penal” e os reflexos de tais pensamentos na história da dogmática.

Faremos tudo isso, perspectivando as diferenças entre a dogmática, a política criminal e a criminologia, sempre com o referido necessário rigor metodológico. Útil para traçarmos não só as principais ideias que desenharam o arcabouço ou esqueleto do que chamamos de sistema teórico-penal, mas também os temas mais relevantes que hoje fomentam as discussões da doutrina mais forte em qualidade que se debruça sobre as questões teóricas do crime e da pena.

2 Ciência conjunta do direito penal: noções e novos paradigmas que envolvem a criminologia, a política criminal e o direito penal

De antemão, reparemos que, em meados do século XIX, Von Liszt nos legou a expressão: ciência conjunta do direito penal (*Gesamtestrafrechtswissenschaft*) e aí estaria contextualizada a criminologia, a política-criminal e a dogmática ou o direito penal. Três palavras responsáveis, ao seu modo, por desenvolver uma discussão e também por traçar soluções muito específicas aos problemas do crime³. Falemos ao seu modo, pois o método que os estudiosos usam para compreendê-las e as respostas que nos ajudam a encontrar são distintos.

Conforme nos ensina Figueiredo Dias⁴, a política criminal através de um método indutivo trata dos efeitos das penas aplicadas aos crimes. 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

³ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**. Parte generale. Quarta edizione. Bologna, 2010, p. 7 e ss.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 17 e ss.

de princípios, axiomas e cânones compreensivos, aplicado de uma maneira dedutiva pelos exegetas que, quando estudantes, são doutrinados passo a passo a segui-lo. Por fim, tem-se a criminologia que 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 os três ramos da *Gesamte*, pode-se afirmar que são muitos os laços que unem todas essas perspectivas envoltas ao problema da delinquência. Tanto isto é verdade que Figueiredo Dias⁵ é taxativo quando afirma que o tempo de hoje é bem diferente do pensado por Liszt, especialmente quando ele afirmava que a dogmática era uma barreira inquebrantável que ocupava um lugar de destaque quanto à política criminal e a criminologia.

De fato, após as contribuições dadas por Roxin na década de setenta do século passado, sobretudo no âmbito da dogmática, sabe-se que os referidos ramos da dita ciência conjunta se equivalem, e assim, devem ser tratados em um contexto de cooperação que substitui “o tempo da ignorância mútua própria de *frères ennemis*”⁶ 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.

Ora, ao contextualizarmos historicamente a criminologia, a política-criminal e a dogmática não é difícil apreendermos os pontos de união entre os referidos ramos da *Gesamte*, bem como os reflexos que geraram os benefícios 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, além das polêmicas, testemunhadas nas propostas de guerra ao crime, direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*),

⁵ Id., *ibid.*, p. 17 e ss.

⁶ Idem, p. 17 e ss.

presentes nas doutrinas abalizadas de Jakobs e Cancio Meliá ou de direito penal de terceira velocidade, vista nos trabalhos de Silva Sanchez⁷. Daí Zaffaroni⁸ nos ensinar que a contextualização filosófica e histórica do conjunto das ciências que integram a *Gesamte* é o melhor modo para apreendemos de maneira real o problema da criminalidade. Uma contextualização que ao menos nos estimula a fazer um delineamento histórico das ideias que nortearam a dogmática. Vejamos.

3 Variantes do positivismo: Beccaria como marco histórico e o contexto das lutas entre a escola da exegese, científica e dos interesses

As teorias que circundam o ambiente do direito penal geram um contexto fluido, tal o numero dos enfoques que apareceram nesses últimos duzentos anos. Sem dúvida, não é fácil uma sistematização. Todavia, pode ser feita. 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**⁹. 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

⁷ 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, p. 5 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: BOSCH, 1992, p. 30 e ss.; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização**. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77 e ss.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 233 e ss.

⁹ CATTANEO, Mario A. La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII. Ferrara: Editrice Universitaria, 1974, p. 3 e ss.; CÂMARA, Guilherme Costa. Beccaria e o pensamento jurídico criminal. **RBCCRIM**. Ano 11. n.º 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 5 e ss.

surgir um cânone compreensivo de verniz utilitário que até hoje nos acompanha como um paradigma dominante, embora já considerado em crise. 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 Baratta¹⁰ 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 para todos os países que seguem a dogmática penal alemã. É da sistematização de Feuerbach, transformando as posições de Beccaria em um texto legal, que se diz que tem início um período científico para o direito penal¹¹.

Um período em que as faculdades alemãs e italianas começam a discutir a necessidade de preparar os exegetas para interpretarem ditos textos legais. Questiona-se a partir daí como se dará referida interpretação ou quanto o exegeta poderá se distanciar da letra fria da lei. 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 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 concreto¹².

¹⁰ 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*). 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 5 e ss.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Carrara e o paradigma penal actual**: uma leitura a partir da experiência portuguesa. Coimbra: RDE, 1988, p. 5 e ss.

¹² NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 76 e ss.

Foi um período em que realmente se indagou como interpretar sem permitir o subjetivismo ou o arbítrio. Foi com tal preocupação que as doutrinas alemã e italiana desenvolveram todo um sistema de palavras, seguindo um método cartesiano de conceitos e classificações, edificados de uma maneira lógica tal qual a planta de Lineu¹³. Essa doutrina edificou as teorias do crime e da pena, fazendo surgir à dogmática penal ou, segundo Costa Andrade, “uma das maiores dádivas do iluminismo”. Uma verdadeira anatomia jurídica do delito, segundo Ferri e também Bettiol¹⁴.

Foi daí que surgiu esse conjunto de palavras concatenadas de uma maneira lógica que servia para doutrinar o estudioso do direito ou fazer dele, segundo as palavras de Habermas e Luhmann, um elo entre o problema e o sistema¹⁵. Um conjunto de palavras expressas por meio do conceito do crime, objeto de tutela (bens jurídicos), classificação, elementos do crime (conduta, nexa, resultado) e requisitos do crime. Tudo chamado de elementos intradogmáticos, trabalhados no contexto das universidades alemãs e italianas, sob os auspícios de professores do nível intelectual de Liszt e Carrara¹⁶ – dois pensadores de quem passaremos a registrar as ideias a partir de agora, pois ensinaram o que se denominou de sistema teórico-penal.

¹³ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal** (Tradução de Luís Greco. Sem referência ao título original). São Paulo: Renovar, 2000, p. 5 e ss.

¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. **Constituição e legitimação do direito penal. Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. AAVV. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 77 e ss.; FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal** (Tradução de Paolo Capitanio. Sem referência ao título original). 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999, p. 50 e ss.; BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal** (Tradução de Fernando de Miranda. Sem referência ao título original). Coimbra: Coimbra Editora, 1967, p. 5 e ss.

¹⁵ 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, p. 5 e ss.; LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I** (Tradução de Gustavo Bayer. Título original: *Rechtssociologie I*). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 5 e ss.

¹⁶ FREITAS, Ricardo de Brito A, p. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 90 e ss.

4 Carrara, Liszt e os paradigmas do sistema causalista

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.

Na verdade era um jogo de palavras esquematizadas através de conceitos, classificações e elementos cujo mote era o de que quaisquer dessas palavras que compusessem tal esquema deviam ser vinculadas à realidade. O que é isso? Ora, ao olharmos para as classificações dos crimes reparamos, por exemplo, que o homicídio é um crime material quanto ao resultado. Com efeito, 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, de fato, nem sempre se mata. Ou seja, o resultado nem sempre coincide com a ação em crimes como esse. Tal ideia perdurou até meados do século XX.

Se Birnbaum trocou o termo “viver” pela palavra “vida” ao estudar o bem jurídico, 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, pois, segundo defendiam esses últimos autores: os melhores argumentos às vezes fogem das amarras da natureza¹⁷.

Todos esses autores se basearam em Kant. Mais especificamente na 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 isso, pode-se ter como algo verdadeiro. Falavam na metafísica.

Ora, considere-se o exemplo de um médico que não atende uma criança podendo fazê-lo. Ele não deve ser condenado por uma

¹⁷ 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, p. 93 e ss.

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.

Porquanto, por razões político-criminais (considerando-se um contexto metafísico) a doutrina fez surgir outros argumentos. Assim, construiu-se na dogmática a omissão imprópria. O dever de agir por uma imposição normativa estabelece que nesses casos o médico seja punido pelo homicídio. Assim, também, surgiram outros elementos intradogmáticos, como a previsibilidade para a conduta, a adequação como uma proibição de regresso para o nexo de causalidade ou, vindo para os dias de hoje, a autoria de escritório e a imputação objetiva, atualmente vista como um verdadeiro princípio, segundo Palazzo e Faria Costa¹⁸, ou mesmo 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, transcritas no final da sua paradigmática obra, **Política criminal e sistema penal** (*Kriminalpolitik und Strafrechtsystem*) – nos faz reconhecer o quanto, cada vez mais, precisamos trazer Kant para o direito penal¹⁹.

Tais ideias, para alguns autores, especialmente no Brasil, fazem surgir um novo sistema penal, definido como escola neokantista. No entanto, a maioria de uma doutrina forte em quantidade e em qualidade revela-nos que, apesar das contribuições, essas mudanças não fazem aparecer algo novo. Isso, de fato, só acontece em meados do século XX com o acolhimento de propostas que tiveram como o principal

¹⁸ PALAZZO, Francesco. Sulle funzione delle norme definitorie. **Il problema delle definizioni legali nel diritto penale** (Studi coordinati da Alberto Cadoppi). AAVV. Padova. CEDAM. 1996, p. 05 e ss.; COSTA, José Francisco de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. *Fragmenta iuris poenalis*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 5 e ss.

¹⁹ ROXIN, Claus. **Política criminal...**, p. 5 e ss.

protagonista Hans Welzel²⁰. Propostas que passaremos agora a expor, revelando-nos o segundo sistema teórico-penal: o finalismo.

5 Welzel e o finalismo

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, veremos 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 ressystematizou 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 culpabilidade²¹.

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**, nos sugeriu 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 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. Algo não fundado em padrões naturalistas (ou ditados pela realidade), mas de acordo com uma contextualização

²⁰ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal** (Tradução de Luiz Regis Prado. Sem referência ao título original). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 5 e ss.

²¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 5 e ss.

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.

De fato, foi a doutrina do referido jurista que nos fez ver que o sistema finalista precisava ser flexibilizado, ou seja, que era 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 social. Com efeito, passemos agora a traçar as ideias desse autor, contextualizando-as com as críticas mais recentes postas pela doutrina.

6 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? Dela, reparemos também, que, orientado por preceitos luhmanianos, Roxin ponderou que o próprio sistema possui válvulas de escape que nos aproximam da realidade (Sim! Como um exercício de autopoiese). Basta trocarmos os fins dos elementos intradogmáticos ou das estruturas lógicas welzelianas pela função do todo que, *in casu*, é a função do próprio direito penal²². Entendendo-se aqui como função a prevenção de crimes (geral, preconizada por Beccaria, especial, defendida por Liszt, em seu programa de Marburgo²³).

²² ROXIN, Claus. **Política criminal...**, p. 5 e ss.

²³ LISZT, Franz von. **La idea del fin en el derecho penal** (Tradução de Carlos Perez del Valle. Título original: *Der Zweckgedanke im Strafrecht*). Granada: Editorial Comares, 1995, p. 14 e ss.

Ora, por tal ótica Roxin nos sugeriu que fosse dado um novo perfil ao 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. Assim, Roxin nos propôs que o referido elemento deveria 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. Roxin retira-a da culpabilidade e leva-a para o que denominou de responsabilidade (*Verantwortlichkeit*).

Com efeito, olhemos que apesar da força da doutrina de Roxin, tal proposta não foi aceita. Houve sugestões como a de Maurach que se aproximou do que disse Roxin, facultando-nos uma maior dimensão para a exigência de conduta diversa, mas uma proposta que igualmente não foi aceita, apesar de mais branda que a de Roxin²⁴. Com efeito, olhemos também que a doutrina predominante, ao final, resolveu usar a ideia deste último autor de redimensionar a exigência de conduta diversa à luz da prevenção para criar a figura do estado de necessidade exculpante. Um ponto teórico que, ao lado da imputação objetiva, constitui uma das mais significativas contribuições de Roxin. Algo que reforçou também o seu mais conhecido contributo, plasmado no princípio da insignificância, que se colocou como um dos passos mais impressionantes 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 Zaffaroni, especialmente quando tratou da necessidade de se ver a norma como uma premissa que precisa de um argumento de validade. Fundado na ideia de que a norma é um gênero que envolve as regras e os princípios, sugere-nos Zaffaroni a necessidade de a tipicidade envolver não só uma subsunção formal, mas um ataque à intenção normativa, posicionando-a como uma verdadeira antinormatividade²⁵.

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal...**, p. 119 e ss.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Rau; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito...**, p. 560 e ss.

Ora, como também se sabe, as normas penais incriminadoras são normas-princípios²⁶, cabendo ao exegeta refletir de maneira mais abrangente. Assim, as discussões que trava Muñoz Conde acerca dos erros metodológicos de se tomar o exercício regular de direito como uma excludente de antijuridicidade, mesmo que se vejam hoje os primeiro e segundo requisitos ou como estruturas vinculadas ou pela ótica da *ratio essendi* de um perante o outro²⁷.

Assim, também, as discussões travadas 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 poderiam ser objeto de discussão no âmbito jurídico-penal²⁸. Algo que influenciou muitos autores brasileiros e italianos, embora na Itália ganhe força uma concepção chamada de nova concepção realista, em que se discute a dimensão do princípio da ofensividade como pressuposto às razões e prevenção. Citem-se, como exemplos dessa última tese, os trabalhos dos seguintes autores: Palazzo, Marinucci, Musco, Fiandaca, Dolcini, Pagliaro, Paliero, Fiore e Stella²⁹.

Por outro lado, em Portugal, atualmente ganha azo também à tese de se dar à ofensividade o estatuto de cânone compreensivo. Tal tese, liderada por Faria Costa (um doutrinador seguido no Brasil por

²⁶ Já que o artigo 121 do Código Penal brasileiro, por exemplo, tem de ser otimizado com o artigo 23.

²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**. Parte general. 4ª ed., revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 5 e ss.

²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime. **RPCC**. Coimbra, Ano 2. Abril-julho/1992, p. 5 e ss.

²⁹ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**. Parte generale. Quarta edizione. Bologna: Zanichelli Editore, 2006, p. 90 e ss.

uma série de jovens autores como, por exemplo, Fábio Roberto D’Avila³⁰), baseia-se 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, levamos ao risco de instrumentalizarmos a pessoa do infrator, enaltecendo bem mais a pena e as suas funções do que a culpabilidade. Uma tese que ganha ressonância também em trabalhos como os de Vives Anton, na Espanha, e combate, sobretudo, aquelas teses as quais já se registrou uma ampla rejeição como a do direito penal de terceira velocidade e direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*), tão difundidas nos trabalhos de Jakobs e Cancio Meliá. Ou mesmo de direito penal nuclear (*Kernstrafrecht*), defendida pelo que hoje se chama de escola de Frankfurt, liderada por Hassemer e Naucke, e, também, por outros trabalhos de peso como os de Kindhäuser³¹.

7 Conclusão

De fato, após tudo o que foi dito, resta claro que precisamos de um choque de realidade. Assim, alçaremos a dogmática a uma dimensão crítica. 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 compreendê-la exige respostas

³⁰ COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 90 e ss.; 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, p. 11 e ss.

³¹ JAKOBS, Günther; 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, p. 17 e ss.; KINDHÄUSER, Urs. **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa** (Tradução de Claudia Lopez Diaz. Sem referência ao título original). Bogota: Universidad Externado de Colombia. 1996, p. 5 e ss.

novas e eficazes. Precisamos de segurança nesse tempo turvo. Só assim integraremos ainda mais a *Gesamte* patrocinando um mundo verdadeiramente justo. De traço firme. E o começo é sabermos os marcos teóricos que devemos utilizar. Quais são. Onde podemos contextualizá-los.

REFERÊNCIAS

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

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*). 3. 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. n° 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. Coimbra: RDE, 1988.

_____. **Direito penal.** Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

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

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

UNTHER, 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** (Tradução de Claudia Lopez Diaz. Sem referência ao título original). Bogotá: 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 Zweckgedanke im Strafrecht*). Granada: Editorial Comares, 1995.

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

PALAZZO, Francesco. Sulle funzione delle norme definitorie. IN: AAVV. **Il problema delle definizioni legali nel diritto penale** (Studi coordinati da Alberto Cadoppi). 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. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.